Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Beiträge zur Lehre vom Geſtändniß im Civilprozeß.

Von

Herrn Dr. T. Brackenhoeft, derzeit in Kiel.

(Fortſetzung des Aufſatzes Nr. IX. im vorigen Hefte.)

§. 5.

Vom Widerrufe des gerichtlichen Geſtändniſſes und vom Einfluſſe des Irrthums auf daſſelbe.

Alle Vorträge der Partheien an den Richter, welche den Zweck haben, ihn von dem in Rede ſtehenden Rechtsverhältniſſe und den demſelben zum Grunde liegenden Thatſachen in Kenntniß zu ſetzen, ſind, abgeſehen von bloßen Deductionen, entweder ein Bejahen der Anführungen des Gegners, oder ein Leugnen derſelben, oder ſelbſtſtändige Anführungen. Das Erſtere vollendet ſchon ein Geſtändniß, ſo daß der Richter dasjenige, was von beiden Partheien übereinſtimmend erzählt wird, als gewiß zu betrachten hat [1]). Letztere beiden Arten des Vortrags können durch ein Uebereinſtimmen oder Bejahen von Seiten des Gegners ein Geſtändniß werden: dem Gegner des Leugnenden [2]) oder Behauptenden iſt die Möglichkeit gegeben, nach Willkühr ein Geſtändniß herbeizuführen. Jeder einzelne Partheivortrag der genannten Art iſt alſo entweder vollendender oder beginnender Theil eines Geſtändniſſes.

1) „nulla lis est“ — ſagt *Quinctilian* J. O. III. 6. — „nisi aliquid accusator respondeat.“

2) Denn auch dem Leugnenden kann man beiſtimmen und ſo ein Geſtändniß vollenden.

Wird demnach ein ſolcher Partheivortrag geändert, ſo wird entweder dem Gegner die Möglichkeit entzogen ein Geſtändniß zu vollenden, oder es wird ein vollendetes Geſtändniß wieder aufgehoben. — Inſoferne alſo Partheivorträge geändert werden können, müſſen auch Geſtändniſſe abänderlich oder widerruflich ſeyn; und umgekehrt. — Es fehlt uns nun freilich an beſtimmten Vorſchriften darüber, inwieferne ſolche Vorträge abänderlich ſind. Allein es iſt kein allgemeiner Grund vorhanden, Jemanden die Verbeſſerung ſeiner Aeußerungen zu unterſagen [3]); es bedarf dazu eines beſonderen Grundes, welcher bei ſolchen Aeußerungen, welche Prozeßhandlungen ſind, nur in prozeſſualiſchen Vorſchriften oder Gründen gefunden werden kann. Solche Vorſchriften oder Gründe, welche einer Abänderung entgegenſtehen, gibt es denn auch allerdings. Im Römiſchen Prozeſſe, und zwar im Formelverfahren iſt es die Unabänderlichkeit der auf einen ſolchen Vortrag gegründeten Formel [4]) und ganz allgemein in jedem Verfahren die Beendigung der Sache [5]). Im heutigen Prozeſſe gehört dahin der Ablauf des zu dem Vortrage verſtatteten peremtoriſchen Termins; und dieſem muß man es gleichſtellen, wenn eine Parthei vor Ablauf eines ſolchen Termins ihren Vortrag gehalten und der Gegner ihn bereits beantwortet hat, ſo daß eine Aenderung in jenem auch eine Aenderung in dieſer Beantwortung zur Folge haben müßte [6]).

Im neueren Römiſchen Verfahren, wo es weder For-

---

3) Man ſcheint gewöhnlich davon auszugehen, daß es Regel ſey, daß das einmal Geſagte gelten müſſe und Verbeſſerung nur ausnahmsweiſe zuläſſig ſey, wenn beſondere Gründe vorhanden; was vielleicht daher kommt, daß man gerichtliche Vorträge zu ſehr vom Geſichtspunkte vertragsmäßiger Handlungen aus betrachtet.

4) So bei der interrogatoria und confessoria actio im älteren Römiſchen Prozeſſe. Vergl. §. 4. Note 52.

5) So bei der confessoria in jure im eigentlichen Sinne. L. 56. D. de re judic. (42. 1.)

6) Vgl. §. 7.

meln, noch, mit Ausnahme des Termins für das Vorbringen dilatorischer Einreden, Termine für einzelne Prozeßhandlungen gab, mußte Abänderung des Vorgetragenen bis zur abgesprochenen Sentenz über dasselbe (insoweit nämlich diese es umfaßte) erlaubt seyn, da wenigstens keine direct entgegenstehenden Vorschriften vorkommen; ja es scheint als ob selbst in appellatorio solche Aenderungen vor Justinian gestattet waren [7]). Der abgesprochenen Sentenz mußte es hier gleichstehen, wenn ein Punkt, welcher einen Theil der Streitsache, aber als besonderes zu derselben gehöriges Rechtsverhältniß (z. B. als Präjudicialpunkt, Einrede) bildete und gesondert für sich verhandelt wurde, durch ein ihn ganz umfassendes Geständniß, wie durch eine Sentenz, seine Erledigung erhielt [7a]). Nur in Ansehung der Klage dürfte vielleicht eine Modification anzunehmen seyn [7b]).

---

7) Daß dies nach den Vorschriften von Diocletian und Maximian gestattet war, ist wahrscheinlich. Denn sie erlauben ganz allgemein die Nachbringung desjenigen, was in erster Instanz „omissum" ist — L. 6. §. 1. C. de appellat. (7. 62.) — worunter auch die Aenderung des Vorgetragenen fällt — vgl. L. 3. C de errorib. advocat. (2. 10.) — da dies ja ein neuer Vortrag ist und nicht gesagt wird, daß der neue Vortrag mit dem früheren harmoniren müsse. Nach Justinians Vorschriften scheint dies aber Bedingung der Zulässigkeit des neuen Vorbringens zu seyn, wenn nur solche neue adsertiones oder exceptiones zugelassen seyn sollen, „quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis *oriuntur* et illis *conjunctae* sunt (also nicht entgegengesetzt —), quae apud anteriorem judicem noscuntur proposuisse." L. 4. C. de temporib. appellat: (7. 63.) Und hiernach muß man die Abänderung von Vorträgen und Widerruf eines Geständnisses der früheren Instanz in appellatorio für unzulässig erklären. — Unpassend ist hier übrigens L. 2. C. quorum appellat. non recip. (7. 65.), da sie nur von Criminalsachen und von Fällen, wo Beweis und Geständniß über denselben Punkt concurriren, redet.

7a) Vergl. unten §. 7. Note 30.

7b) Vergl. unten Note 12 b. Es dürfte aber hier nur die angestellte Klage zurückgenommen und eine neue erhoben werden, um eine Verbesserung möglich zu machen, wiewohl dies sonstige Nachtheile haben könnte.

Einige Beſtimmungen des Römiſchen Rechts ſcheinen jedoch mit dieſer Anſicht indirect im Widerſpruche zu ſtehen, und bedürfen daher noch einer Erwägung. Inſoferne nämlich bis zum Urtheil ſchlechthin Abänderung geſtattet iſt, wie im Vorhergehenden behauptet worden, kann es nicht weiter darauf ankommen, ob der abzuändernde frühere Vortrag irrthümlich gehalten war oder nicht; bis zur Sentenz konnte alſo überall von einem Irrthume gar nicht die Frage ſeyn. Dies angenommen, ſo iſt nicht einzuſehen, wie man zu der Beſtimmung kommen konnte, daß vor dem Endurtheil der error facti nicht ſchaden ſolle [8]).

Constantinus et Maximianus. L. 7. C. de juris et facti ignor: (1. 18.) „Error facti nec dum finito negotio nemini nocet. Nam causa decisa velamento tali non instauratur.“

Allein einestheils ſteht dieſe Stelle deshalb nicht nothwendig entgegen, weil nach der Regel: unius positio non est alterius exclusio, damit noch nicht geſagt iſt, daß beim Nichtvorhandenſeyn von Irrthum, der Widerruf ausgeſchloſſen ſey. Sie ſteht anderntheils um ſo weniger entgegen, als ein Reſcript vorliegt, welches ohne Zweifel deshalb vom unbedingten Widerrufe nicht redete, weil er in dem betreffenden Falle nicht zur Frage ſtand, ſondern allein die Aufhebung wegen Irrthum. Endlich aber konnten vor dem Endurtheile auch einzelne Punkte der ganzen Sache durch beſondere Erkenntniſſe abgemacht [8a]) und die Vorträge über dieſe Punkte dann nicht mehr durch bloßen Widerruf geändert werden; und in dieſem Falle konnte dann der Irrthum in Betracht kommen. Man hat dabei auch nicht zu vergeſſen, daß bei jeder Aenderung eines früher gehaltenen Vortrags die Parthei behaupten wird, daß ſie ſich geirrt habe, und ſelbſt wenn ſie dies nicht ausdrücklich erklärt, liegt es ſchon ſtill-

8) Allein auf die Klage dies zu beziehen, ſcheint zu willkührlich.

8a) Vgl. Hefftter, Inſtitut. S. 301. Note 101.

ſchweigend in der Aenderung, indem der veränderte Vortrag nun als der richtige angegeben wird; es ſey denn der faſt undenkbare Fall vorhanden, daß ſie ausdrücklich erkläre, früher abſichtlich einen falſchen Vortrag gehalten zu haben [9]. Daß die reſcribirenden Kaiſer hier nur ein bloßes Vorgeben eines Irrthums im Sinne hatten, ſcheint der Ausdruck „velamentum“ zu beſtätigen; und auf die Wahrheit deſſelben kam es nicht weiter an, da ſelbſt ein erwieſener Irrthum nach beendigter Sache nicht zu berückſichtigen war. — Ferner kommen hier die Beſtimmungen über den Irrthum der Advocaten in Betracht. Regel iſt nämlich, daß der Vortrag, welchen der Advocat in Gegenwart der Parthei [9a]) hält, ſo zu beurtheilen iſt, als ob die Parthei ſelber ihn gehalten hätte [10]).

Alexander. L. 1. C. de errore advocat: etc. (2. 10.) „Ea quae advocati praesentibus his, quorum causae aguntur, allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur.“

Will die Parthei ihn nicht als ihren Vortrag gelten laſſen, ſo muß ſie „ex continenti“ widerſprechen.

Diocletianus et Maximianus. L. 3. C. eod. „Sententiis finita negotia, rescriptis revocari non oportet. Nec enim quae constituta sunt, id est, ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari possunt:

---

9) Tritt dieſer Fall ein, ſo kann dies auf die Aenderung durch Widerruf weiter keinen Einfluß haben, wiewohl die Nachtheile des frivolen Streitens eintreten.

9a) Iſt die Parthei nicht gegenwärtig, ſo muß der Advocat zugleich als Procurator erſcheinen und ſein Vortrag muß als der eines ſolchen beurtheilt werden. Nach Römiſchem Rechte iſt auch hier der Fall ſo, als ob die Parthei ſelber gehandelt, oder ſie hat vielmehr ſelber gehandelt, weil der Procurator dominus litis iſt.

10) Dem ſteht auch L. 6. §. 4. D. de confessio (42. 2.) nicht entgegen, da hier nur von der confessio in jure, und nur vom Repräſentanten und nicht vom Advocaten die Rede iſt.

cum te praesente, neque causae palam *ex continenti*, id est triduo proximo contradixisse, neque *post sententiam* appellationis remedio (si tibi haec displicebant) usam esse proponas."

Daß nun bei einem ſofortigen Widerſpruche von Seiten der Parthei es nicht darauf ankommen kann, ob der Advocat ſich wirklich geirrt habe oder nicht, liegt zu Tage[10a]). Es genügt, wenn die Parthei behauptet, ſein Vortrag ſey unrichtig, da der Vortrag des Advocaten nur inſoferne gelten kann, als er mit dem Willen der Parthei übereinſtimmt, oder als übereinſtimmend betrachtet wird. Wenn alſo hier dennoch vom error des Advocaten die Rede iſt, ſo kann dies nur von der bloßen Behauptung des Irrthums oder eigentlicher der Unrichtigkeit verſtanden werden. Bedenklichkeit könnte es jedoch erregen, daß hier der Widerſpruch als nur entweder ex continenti, oder post sententiam im Wege der Appellation, geſtattet erſcheint. Denn war nicht ſofort contradicirt, und mußte alſo der Vortrag als der der Parthei ſelber gelten, ſo wäre nach dem Bisherigen dennoch unbedingt Widerruf in der Zwiſchenzeit von dem Vortrage (oder vom Ablaufe des tempus continens — ſiehe unten —) an bis zur Sentenz geſtattet geweſen. Von einer ſolchen Zwiſchenzeit iſt nun in der angeführten Stelle gar nicht die Rede; und die einfachſte Erklärung dieſes Umſtandes iſt die, daß in dem in dieſem Reſcripte entſchiedenen Falle keine ſolche Zwiſchenzeit vorhanden war und deshalb auch davon nicht geredet werden konnte[11]). Dann ſcheint aber wiederum der dem „ex continenti" beigefügte Zuſatz: „id est triduo proximo," zu widerſprechen: denn da post sen-

---

10a) Vgl. Linde, Abh. I. S. 160.

11) Dieſes Reſcript iſt vom 27. Aug. 294, alſo ſpäter als das die Trennung zwiſchen jus und judicium wenigſtens für die Provinzen aufhebende Edict vom 18. Juli deſſelben Jahres in L. 2. C. quor. app. non recip. (7. 35.) und nimmt auf eine Trennung zwiſchen jus und judicium erſichtlich keine Rückſicht.

tentiam der Widerruf jedenfalls ausgeschlossen war, so mußte zwischen dem Vortrage und der Sentenz nothwendig ein triduum liegen, wenn während eines solchen widerrufen werden konnte. Dieser Zusatz ist indeß nicht ohne Grund als unächt bestritten und außer anderen Gründen [11a]) dürfte vielleicht auch noch der einen Platz verdienen, daß es höchst unwahrscheinlich ist, daß in einem blos das geltende Recht anwendenden Rescripte eine Erklärung des bereits versäumten tempus continens gegeben sey, dessen Bedeutung ja schon rechtlich feststehen mußte; so wie denn auch, wenn dies triduum nach der Verhandlung das gewöhnliche tempus zur Revocation war, nicht abzusehen ist, wie es werden sollte, wenn zwischen der Verhandlung und der Sentenz kein triduum lag. — Bei dieser Verdächtigkeit jenes erklärenden Zusatzes (den man überdies auch noch dem Umstande zuschreiben könnte, daß im concreten Falle vielleicht eine solche dreitägige Zwischenzeit vorhanden gewesen, wenn man ihn nämlich als ächt betrachtet), und da das ex continenti wenigstens oft einen bis zu irgend einer Unterbrechung fortdauernden Zeitraum [12]) bezeichnet, auch die Bedeutung einer zusammenhängenden, bald längeren bald kürzeren Zeit, diesem Ausdrucke entsprechend ist; wird man sie hier ebenfalls annehmen können; so daß: „ex continenti" den ganzen zusammenhängenden Zeitraum der Verhandlung bedeutet, bis derselbe durch eine Sentenz unterbrochen worden ist; ein Zeitraum, der bei der stückweisen Verhandlung und Entscheidung des damaligen Verfahrens (vgl. oben Note 8a) nicht lang

11a) Ueber die Gründe, welche dagegen angeführt werden, vgl. Glück Erläuterung der Pandecten IV. §. 368. Nr. 19. und Linde a. a. O. I. S. 158. 159. Daß das triduum des Widerrufs durch die Praxis Gültigkeit erlangt hat (Weber a. a. O. S. 91. Note 25.), kann natürlich auf die Erklärung des Gesetzes nicht influiren. Daß übrigens diese Lehre vom Irrthum des Advocaten und dessen Widerruf nach den hier aufgestellten Ansichten ganz anders erscheint, als nach der gewöhnlichen Meinung, leuchtet von selber ein.

12) Vgl. Linde a. a. O.

geweſen ſeyn kann. Es erklärt ſich dann, daß das Reſcript außer dem „ex continenti,“ keine andere Zeit als eine post sententiam kennt, und es ſteht dann mit der bisher behaupteten Anſicht der Widerruflichkeit des Vortrags bis zur Sentenz im Einklang.

Mit einiger Schwierigkeit ſcheint auch die Auslegung eines andern hierher gehörigen Reſcripts aus dem Jahre 239, wenigſtens auf den erſten Anblick, verknüpft.

Gordianus. L. 2. C. eod. „Errores eorum, qui desideria, id est preces scribunt, veritati praejudicium afferre non posse, manifestum est. Et ideo si condemnationem, cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifeste *probare potes* non intercessisse: allegationes tuas laedi non oportere, is qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit.“

Es erſcheint nun im concreten Falle die Führung des Beweiſes der Unwahrheit als conditio sine qua non der Abänderung, womit ein unbedingter Widerruf ausgeſchloſſen iſt. Die Stelle redet indeß erſichtlich nur von dem Falle, wo ein kaiſerliches Reſcript zur Einleitung eines Prozeſſes durch eine Vorſtellung (preces) erbeten [12a]), und in dieſer ein dem Supplicanten für den künftigen Prozeß nachtheiliger Umſtand angeführt war. Dieſes Reſcript war nun ſchon erlaſſen, und konnte daher nicht geändert werden, und eben ſo wenig die damit dem Richter, oder vielleicht ſchon der Gegenparthei, mitgetheilte, als Grundlage für den künftigen Prozeß, oder als Klage, dienende, Vorſtellung. Denn wäre dies nicht der Fall geweſen, ſo hätte der Kaiſer die Entſcheidung über die Zuläſſigkeit der Abänderung gewiß nicht an den verwieſen „qui super negotio disceptaturus est.“ — Es war alſo ein beſonderer Abſchnitt des Verfahrens, die Einleitung deſſelben, abgeſchloſſen, die geſtattete Aenderung, welche nun, nach inzwiſchen erfolgtem Reſcripte, nicht mehr ex continenti

12a) Vgl. Heffter a. a. O. S. 288. 289.

geſchah, gehörte alſo ſchon zur Claſſe der Reſtitutionen; weshalb denn allerdings jener Beweis erforderlich war. Auf eigentliche prozeſſualiſche Vorträge läßt ſich dies demnach nur inſoferne anwenden, als ſie in gleichem Verhältniſſe ſtehen. Nur von der mitgetheilten ſchriftlichen Klage des neuern Römiſchen Verfahrens könnte man vielleicht daſſelbe annehmen; allein es dürfte dennoch bedenklich erſcheinen, nach Analogie jenes beſondern Verhältniſſes bei kaiſerlichen Reſcripten, die Abänderung zu beſchränken, um ſo mehr, da wir eine ausdrückliche Entſcheidung für die Zuläſſigkeit einer ſolchen Abänderung haben [12b]), wenn ſie auch nach dem bisher Angeführten nicht ohne alle Beſchränkung geweſen ſeyn dürfte. Auf keinen Fall kann aber daſſelbe von den übrigen Vorträgen der Partheien behauptet werden, da dieſe, wenigſtens in den Geſetzen, nicht, wie die Klage, als durch beſtimmte Zeitpunkte im Prozeſſe getrennte Handlungen hervortreten und ſo bei ihnen das tempus continens bis zur Sentenz fortdauert. Im heutigen Prozeſſe wird dies durch die für jede Handlung ſtattfindenden beſondern Terminsbeſtimmungen geändert, worüber das Nähere dem §. 7. angehört.

So lange alſo noch kein Urtheil oder ſonſtiges Moment im Prozeſſe eingetreten iſt, welches den gehaltenen Vortrag als einen beſondern abgeſchloſſenen Abſchnitt des Prozeſſes darſtellt, iſt unbedingter Widerruf des in demſelben enthaltenen Geſtändniſſes erlaubt; es kann noch der durch daſſelbe unbeſtritten gewordene Punkt durch einſeitige Willkühr Einer

---

12b) Denn §. 35. J. de actionibus (4. 6.) geſtattet ſolche Aenderungen, ohne von beſchränkenden Momenten zu reden. Die Stelle kann aber auch von einer Reſtitution wegen Irrthum verſtanden werden, wegen der Worte „errorem suum corrigere ei *permittitur*." Eine zuverläſſige Entſcheidung der Frage kann ſie nicht begründen. Die L. 3. C. de edendo (2. 1.) handelt von Aenderung der edita actio in jure und ante judicium, alſo vor der Litisconteſtation (vgl. L. un. C. de litis cont. (3. 9.)). Hieraus ließe ſich nun folgern, daß bis zur L. C. jedenfalls Aenderung erlaubt ſey.

der Partheien wiederum Gegenſtand des Streites werden. Iſt aber ein ſolches abſchließendes Moment eingetreten, ſo kann nur auf dem Wege der Reſtitution das eben genannte Reſultat hervorgebracht werden, welche denn auch eines Reſtitutionsgrundes bedarf; und als ein ſolcher verdient insbeſondere der Irrthum eine nähere Betrachtung.

Ueber den Irrthum beim Geſtändniſſe finden ſich wenig Ausſprüche in den Quellen, und dieſe ſind von der Art, daß ſie an und für ſich keinen genügenden Anhaltpunkt zur Beurtheilung des Einfluſſes deſſelben darbieten [13]). — Um eine Grundlage hierfür zu gewinnen, wird hier davon ausgegangen, daß (von poſitiven Beſtimmungen abgeſehen) der Einfluß des Irrthums ein negativer iſt, indem die Exiſtenz einer Thatſache des Willens durch ihn gehindert wird [13a]). Namentlich wird durch den Irrthum, ſo weit er rechtlich in Betracht kommt, der consensus und der dolus ausgeſchloſſen.

Ueber die eigentliche confessio in jure, d. h. diejenige, durch welche das Daſeyn einer Verbindlichkeit (nicht eines blos präjudiciellen Verhältniſſes oder eines natürlichen Factums) anerkannt wird, ſpricht ſich Ulpian lib. 58 ad edictum [14]) dahin aus:

„Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit.“

Da das Geſtändniß Uebereinſtimmung beider Partheien erfordert, ſo kann dann kein Geſtändniß vorhanden ſeyn, wenn ein Irrthum eintritt, welcher dieſe Uebereinſtimmung hindert; alſo wenn der eine Theil dieſe Verbindlichkeit, der andere

---

13) Daß die vom Irrthume des Advocaten redenden Stellen nicht hierher gezogen werden können, erhellt ſchon aus der bisherigen Ausführung.

13a) Es ändert nichts, wenn Jemand durch Irrthum veranlaßt wird, eine äußere Handlung vorzunehmen. Denn inſoferne der Irrthum berückſichtigt wird, iſt dieſe Handlung juriſtiſch als gar nicht vorhanden zu betrachten. Eine weitere Ausführung würde hier zu weit führen; allein der im Texte aufgeſtellte Grundſatz, wird aus der Natur der Sache gerechtfertigt erſcheinen.

14) L. 2. D. de confessis (42. 2.)

eine andere, als Gegenstand seiner Aeußerung im Sinne gehabt hat, wenn sie auch den Worten nach übereinstimmen. Dies sagt denn auch Ulpians: „non fatetur qui errat," unzweifelhaft, und es kann dies auch selbst durch den Ausspruch Constantins und Maximians, daß eine causa decisa wegen factischen Irrthums nicht wieder zur Erörterung gebracht werden solle [15]), nicht geändert seyn. Denn wenn auch hier unter causa decisa die durch eine confessio in jure beendigte Sache mit verstanden werden könnte, da auch der confessus in jure pro judicato gilt, und hier vom factischen Irrthume ganz allgemein, also auch von dem bei einem Geständnisse, die Rede ist; so kann doch die Stelle nicht sagen wollen, daß etwas als vorhanden betrachtet werden solle, was in der That nicht existirt, worauf auch die Worte derselben keineswegs hindeuten (vgl. auch oben Note 8—9). Es entsteht aber auch die Frage: ob Ulpians „non fatetur" nicht mehr umfassen soll? [16]) Es läßt sich beim Geständnisse auch darin ein Irrthum denken, daß der eine Theil die Behauptung des andern richtig und in seinem Sinne versteht, und eben dasselbe zum Gegenstande seiner Erklärung macht, also mit ihm übereinstimmt, aber darin irrt, daß er es für wahr hält. Da der Gegenstand der confessio in jure eine Verbindlichkeit ist, so kann dieser Irrthum entweder:

a) daher rühren, daß der Irrende einen in thesi falschen Rechtssatz annimmt (error juris). Dieser kommt nach Ulpian's Ausspruch nicht in Betracht. Oder er kann

b) ein error facti seyn, so daß der Gestehende über ein natürliches Factum irrt, oder ohne darüber zu irren, dasselbe falsch, wiewohl nach in thesi richtigen Rechtsregeln,

---

15) L. 7. C. de juris et facti ignor. (1. 18.)

16) Auf den vorhin erwähnten Fall beschränkt es Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 271. 272.

beurtheilt [17]). Dies kann nun die Uebereinſtimmung nicht ausſchließen, und ſonach müßte das Geſtändniß gültig ſeyn; auch paßt das „non fatetur“ nicht auf dieſen Fall. Ausdrücklich entſchieden iſt der Fall jedoch nicht, und fordert daher noch eine nähere Beleuchtung. Derjenige, welcher in jure geſteht, daß ihm eine Verbindlichkeit obliege, während ſie nicht exiſtirt, ſteht demjenigen gleich, welcher indebite etwas leiſtet [18]). Beurtheilt man ihn von dieſem Geſichtspunkte aus, ſo muß man ihm in derſelben Maaße, wie er ein indebitum solutum zurückfordern kann, auch die Wiederaufhebung ſeines Geſtändniſſes geſtatten; wenn die Folge deſſelben darin beſteht, daß er eine Verbindlichkeit anerkennen muß. Dieſe Analogie dürfte denn dafür ſprechen, daß, wenn auch eine Prozeßvorſchrift den bloßen Widerruf ausſchließt, dennoch eine Wiederaufhebung des irrthümlich gleichſam indebite abgelegten Geſtändniſſes geſtattet ſey [19]). Allein bei der confessio in jure trat dem eine andere Prozeßregel entgegen, nämlich die: post confessionem in jure factam nihil quaeritur [20]). Daraus folgt denn, daß Ulpian's Regel dahin verſtanden werden muß, daß nur ein ſolcher Irrthum, welcher die Uebereinſtimmung ausſchließt, die Gültigkeit der

---

17) Daß dies ebenfalls zum error facti gehöre, kann hier nicht weiter ausgeführt werden.

18) Z. B. wer in der irrigen Meinung einer Rechtspflicht einen Kaufcontract abſchließt. Vgl. L. 5. §. 1. D. de act. emti et venditi (19. 1.)

19) Inſoferne Jemand indebite geſtanden, daß ihm eine Verbindlichkeit obliege, dürften auch die in L. 25. D. de probatt. (22. 3.) enthaltenen Regeln von der Beweislaſt bei der condictio indebiti angewendet werden können.

20) L. 56. D. de re judicata (42. 1.). Auch das Berufen auf dolus muß hier ausgeſchloſſen ſeyn, wie gegen eine Sentenz. L. 23. §. 3. D. de condict. indeb. (12. 6.) Daß Abweſende ſich gegen eine Sentenz noch auf dolus berufen können — L. 75. D. de judic. (5. 1.) vgl. L. 7. §. 9 D. de dolo malo (4. 3.) — kommt nicht weiter in Betracht, da der confessus nicht absens ſeyn kann.

confessio in jure hindert. Dies wird denn auch dadurch unterſtützt, daß ein in Gemäßheit einer res judicata gezahltes indebitum nicht condicirt werden kann [20a]), alſo auch gegen res judicata, der die confessio in jure den Wirkungen nach im Weſentlichen gleich ſteht, kein Berufen auf Irrthum geſtattet iſt. Man muß alſo behaupten, daß, wenn eine Sache durch ein Geſtändniß gänzlich beendigt worden, eben ſo das Berufen auf einen Irrthum, der die Uebereinſtimmung nicht hinderte, ausgeſchloſſen iſt, wie wenn die Beendigung durch ein Endurtheil erfolgt iſt [21]). Vor einer ſolchen Beendigung, und nach Ausſchließung des bloßen Widerrufs, iſt aber auf den Grund eines factiſchen Irrthums ſolcher Art Reſtitution zu ertheilen, denn: „error facti nec dum finito negotio nemini nocet“ [22]). Damit ſtimmt denn auch das Canoniſche Recht überein, inſoferne es eben dieſe Regel aufſtellt [23]).

Auch bei der confessio auf die interrogatio in jure muß der die Uebereinſtimmung ausſchließende Irrthum das Geſtändniß vernichten. Was den ſonſtigen Irrthum betrifft, ſo leiſtet auch hier derjenige, welcher ein präjudicielles Rechtsverhältniß, das für ihn die Folge der Haftung für Verbindlichkeiten hat, irrthümlich einräumt, ein indebitum [24]). Man

---

20 a) L. 36. D. Fam. H. (10. 2.) L. 29. §. 5. D. mandati (VI. 1.).

21) L. 7. C. cit. Nicht erſt mit der Rechtskraft tritt die Nothwendigkeit der Reſtitution ein, wie Weber a. a. O. S. 89. 90. annimmt, ſondern (wenn nicht etwa früher) ſchon mit dem Ausſpruche des Urtheils; und iſt es ein Endurtheil, ſo iſt überall keine Reſtitution wegen Irrthum mehr zuläſſig, ſelbſt wenn es die Rechtskraft noch nicht beſchritten. Denn auch ehe dieſe eintritt, iſt ſchon eine „causa decisa“ oder ein „negotium finitum“ vorhanden. Vergl. oben Note 7.

22) L. 7. C. cit.

23) c. 3. X de confessis (2. 18.) c. L. in F. de R. J. J. in VI. (1. 21.)

24) Der Fall, wo Jemand irrthümlich geſteht Erbe zu ſeyn, iſt dem ähnlich, wo Jemand in der Meinung Erbe zu ſeyn, Zahlung leiſtet. Vgl. L. 19. §. 1. und ferner L. 2. 3. 4. D. de cond. indeb.

müßte alſo nach dem Vorhingeſagten, wenn der bloße Widerruf ausgeſchloſſen, die Hauptſache aber noch nicht beendigt iſt, ob errorem facti die Wiederaufhebung geſtatten. Und dies iſt auch in der That zu behaupten. — Die Stelle, welche von dem Irrthume bei dieſer confessio handelt, geht eigentlich nur auf den Fall, wo das Entgegengeſetzte der confessio ſtattfindet, nämlich wo fälſchlich geleugnet wird, und deshalb die nachtheilige Folge der Haftung für mehr eintritt, als in dem wahren Verhältniſſe des Geſtehenden liegt [25]). Ein Irrthum nun, welcher ihm als ſolcher angerechnet werden kann (alſo ein error juris regelmäßig nicht) [26]), ſchließt nach dem oben angenommenen Grundſatze den dolus aus. Daſſelbe muß von der culpa lata gelten: denn ein culpa lata herbeigeführter Irrthum kann gar nicht als ſolcher in Betracht kommen. — Beim Vorhandenſeyn eines ſolchen Irrthums muß demnach Befreiung von der Haftung eintreten, weil ſie hier Folge des doloſen (culpa lata dolo aequiparatur) [27]) Leugnens ſeyn ſoll. So erklärt ſich das hierher gehörige Fragment.

Ulpianus lib. 22. ad edictum. L. 10. §. 10. 11. D. de interrog. in jure faciend. etc. (11. 1.) „Qui justo errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. Sed et si quis sine dolo malo, culpâ tamen responderit, absolvi eum debere; nisi culpa dolo proxima sit.“

Es wird nun kein Bedenken haben, dies auf das falſche

(12. 6.). Geſchah jedoch die Zahlung einer Nichtſchuld aus der Erbmaſſe, ſo tritt die in der Natur des Verhältniſſes liegende Verſchiedenheit ein, daß der wirkliche Erbe die condictio indebiti erhält. L. 5. D. eod.

25) Wer fälſchlich leugnet Erbe zu ſeyn, haftet in solidum, wenn er auch nur heres pro parte iſt.

26) Ein nicht entſchuldbarer Irrthum kommt juriſtiſch gar nicht als Irrthum in Betracht. Verſchiedene Anſichten über den Rechtsirrthum haben Stryck U. M. P. L. 42. Tit. 2. §. 7. — Gönner, Handb. II. Abh. 45. S. 372. 373.

27) Vgl. Thibaut, Syſtem des P. R. §. 254. No. VII.

Geſtändniß ebenfalls anzuwenden. Ein ſolches kann nur irrthümlich oder verſchuldet abgelegt werden; verſchuldet iſt es abgelegt, wenn es dolo oder culpa lata geſchehen; iſt dies nicht der Fall, ſo iſt ein justus error vorhanden. Daß gegen ein dolo oder culpa lata abgelegtes Geſtändniß keine Reſtitution ertheilt werden kann, iſt um ſo unzweifelhafter, da mit und neben dem dolus in der Perſon des Geſtehenden ein Irrthum nicht exiſtiren, und da ein culpa lata entſtandener Irrthum vom Richter gar nicht als Irrthum betrachtet werden könnte. Nur das möchte etwa Bedenken erregen, ob auch hier, wie in jenem Falle des fälſchlichen Leugnens, der Irrthum eine befreiende Wirkung habe, wenn er culpa *levi* entſtanden ſey, oder, m. a. W., ob ein durch culpa levis hervorgerufener Irrthum als ſolcher in Betracht komme. Bei der condictio indebiti ſuchen wir eine Entſcheidung darüber vergebens, da hier nur geſagt wird, daß der error facti (nach dem Pandectenrechte auch wohl der error juris) [28]) verziehen werde, oder der Rückforderung nicht entgegenſtehe. So viel läßt ſich nun mit Grund behaupten, daß auch bei der condictio indebiti der Richter, bei dem künſtlichen Beweiſe des Irrthums, einen ſolchen, welcher den Umſtänden nach als durch dolus (wenn damit überall ein Irrthum beſtehen könnte) oder ihm gleichſtehende culpa lata herbeigeführt erſchiene, gar nicht als Irrthum betrachten und berückſichtigen könnte. Denn auch außer dem Contracte muß man ſich des dolus und deſſen, was ihm gleich ſteht, enthalten und „quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire“ [29]). Daß man aber außer dem Contracte auch beſondern Fleiß aufwenden und der culpa levis vorbeugen müſſe, iſt, abgeſehen von der Aquiliſchen culpa, nirgend geſagt, und

28) Vgl. L. 1. pr. D. ut in possess. legator. (36. 4.), jedoch auch die kaiſerliche Reſcripte referirende L. 9. §. 5. D. de juris et facti ignor. (22. 6.). Anders nach dem Rechte des Codex. L. 10. C. de juris et facti ignor. (1. 18).

29) L. 206. D. de R. J.

kann um ſo weniger gefordert werden, als die Vermeidung einer culpa levis eine höhere diligentia fordert, als die quamquis suis rebus adhibere solet [30]). Demnach würde ein culpa levi herbeigeführter Irrthum auch bei der condictio indebiti die Rückforderung nicht ausſchließen können; und deſto mehr rechtfertigt es ſich denn, den Ausſpruch des Geſetzes für den Fall des fälſchlichen Leugnens, auch auf den Fall des fälſchlichen Geſtehens anzuwenden. Man wird ferner der ſo gefundenen Regel, als allgemeinen Grundſätzen entſprechend, auch dann folgen müſſen, wenn der Geſtehende nicht in dem Verhältniſſe des, dem ein indebitum Zahlenden ähnlichen, interrogatus in jure ſteht; alſo bei jeder Reſtitution wegen Irrthum gegen einen gerichtlichen, willkührlich nicht mehr abzuändernden, Vortrag.

§. 6.

Von der Unwirkſamkeit des Gegenbeweiſes oder des Beweiſes der Unwahrheit des gerichtlichen Geſtändniſſes.

So lange als ein Geſtändniß noch durch bloßen Widerruf wieder entkräftet werden kann, iſt die Frage über die Wirkſamkeit eines Beweiſes der Unwahrheit unerheblich. Erſt wenn dieſe Möglichkeit ausgeſchloſſen iſt, kommt es auf dieſelbe an. Beruft ſich der confessus auf Irrthum, ſo muß er zwar allerdings den Beweis der Unwahrheit führen. — (Inſoferne hiervon Ausnahmen bei der condictio indebiti vorkommen, laſſen ſie ſich auch beim Geſtändniſſe annehmen, wenn der Geſtehende in einem der Leiſtung eines indebiti entſprechenden Verhältniſſe ſteht. Vergl. §. 5. Note 19.) —

---

30) Denn im concreten Falle ſteht dieſe immer der Vermeidung der culpa lata gleich, weil, wer culpa lata präſtiren muß, immer diligentia quam suis aufzuwenden hat und umgekehrt. Vergl. Thibaut a. a. O. §. 254. No. IV.

Allein hier gehört er zum Beweiſe des Irrthums, weil, wenn ein Geſtändniß als irriges erſcheinen ſoll, die Unwahrheit deſſelben erhellen muß. Bei der Beweisführung über den Irrthum tritt auch der Beweis der Unwahrheit als der vorzüglichſte Theil hervor; da der Beweis des Irrthums ſelber nur ein künſtlicher ſeyn kann, und regelmäßig aus den bereits vorliegenden Umſtänden vom Richter geſchöpft werden muß. — Es fragt ſich hier aber, ob man ohne einen ſolcher Art erwieſenen Irrthum ein unwiderruflich gewordenes Geſtändniß durch bloßen Beweis der Unwahrheit vernichten könne; alſo das Geſtändniß deshalb aufgehoben werde, weil es als unwahr erſcheint? Es gibt Stimmen dagegen [1]) und dafür [2]).

Man beruft ſich für die Relevanz eines ſolchen Beweiſes auf einige Stellen, welche von Fällen der Unwirkſamkeit des Geſtändniſſes über das Factum beim damnum injuria datum reden [2a]). Es ſoll nun im Folgenden zu zeigen verſucht werden, daß die Unwirkſamkeit des Geſtändniſſes hier auf ganz anderen Gründen beruhe, als auf der erwieſenen Unwahr-

---

1) *Böhmer*, Princip. juris Can. §. 781. not. c. betrachtet die Wirkung des gerichtlichen Geſtändniſſes als praesumtio juris et de jure. Danz a. a. O. §. 299. Note b. führt für dieſelbe Meinung auch Claproth a. a. O. §. 217. 220. an, der ſich aber nicht darüber ausſpricht, und vielmehr §. 218. Note f. g. jedes falſche Geſtändniß, wenn es nur nicht aus Rechtsirrthum abgelegt worden, für widerruflich erklärt.

2) Danz, a. a. O. §. 299. Note a. Weber, a. a. O. S. 64. ff. S 85. Martin, a. a. O. §. 128. Note x. Bayer, a. a. O. S. 305, jedoch nur bedingt. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 257. 311. 315.

2a) Dieſe führt Martin a. a. O. an und ſie ſind die Hauptſtellen: L. 11. §. 10—12. D. de interrog. etc. iſt bereits früher erörtert. Die Stellen bei Danz a. a. O. gehören hier überall nicht her, weil ſie theils von der Entkräftung des Geſtändniſſes überall nicht reden, theils von der Aufhebung wegen Irrthum (c. 3. X. de confessis (2. 18.) c. 2. de R. J. J. in VI. (1. 21.) vgl. §. 5. Note 23.), theils von dem außergerichtlichen Geſtändniſſe in Urkunden (L. 13. C. de n. n. [illegible] 4. 30.) handeln.

heit deſſelben; wobei es zweckmäßig ſcheint, die in Betracht kommenden Stellen von den beiden verſchiedenen Geſichtspunkten aus, welche hier aufgeſtellt werden können, zu betrachten.

I. Man kann jenes Geſtändniß über das factum beim damnum injuria datum ſo auffaſſen, daß es der confessio auf die interrogatio in jure angehöre, und daß hier aus demſelben Grunde die Nichtigkeit des Geſtändniſſes eintrete, aus welchem vorhin (§. 2. Note 17 ff.) die Nichtigkeit eines Geſtändniſſes auf die interrogatio, dem die Möglichkeit der Wahrheit mangelt, erklärt worden iſt.

Wenn nämlich bei Anſtellung der actio legis Aquiliae die Handlung der Beſchädigung eingeſtanden, und auf den Grund dieſes Geſtändniſſes die actio confessoria [3]) gegen den Geſtehenden angeſtellt worden iſt, es ſich aber in judicio ergibt, daß die geſtändig beſchädigte oder vernichtete Sache gar nicht beſchädigt oder vernichtet iſt, z. B. wenn der angeblich verwundete Sclave gar keine Spur von Wunden an ſich trägt, oder der angeblich getödtete noch lebt oder natürlichen Todes geſtorben iſt [4]); ſo iſt das Geſtändniß für den Geſtehenden ohne nachtheilige Folgen: „cessat Aquilia," „non tenetur de mortuo" [5]). Wenn nun auch hier das der Hauptſache zum Grunde liegende factum bereits eingeſtanden, und nicht bloß ein präjudicieller Punkt feſtgeſtellt iſt, wie bei der confessio auf eine interrogatio in jure ſonſt der Fall, ſo wird man doch durch eine Aeußerung von Paulus lib. 2. Quaest., welche in dem Titel de interrog. [6]) ſich findet, zu der Muthmaßung veranlaßt, daß die Römiſchen Juriſten dieſes Geſtändniß bei der actio legis Aquiliae aus demſelben

3) Vgl. L. 23. §. 11. L. 25. §. 1. D. ad legem Aquil. (9. 2.)

4) L. 23. §. 11. L. 24. L. 25. D. eod. für eine ſinguläre Ausnahme erklärt. L. 25. pr. cit. Bayer, Vortr. S. 306.

5) L. 23. §. 11. L. 25. cit.

6) L. 20. pr.

Geſichtspunkt beurtheilt haben, wie das auf eine interrog. in jure abgelegte.

Die in Betracht kommenden Worte dieſer Stelle ſind:

„Qui servum alienum responderit *suum esse*, si noxali judicio conventus sit, dominum liberat, aliter atque si quis confessus *se occidisse servum*, quem alius occidit: vel si quis responderit *se heredem*."

Man kann nun freilich durch dieſe Worte und deren Aufnahme in den erwähnten Titel, ſich noch nicht berechtigt halten anzunehmen, daß darüber: „an servum occiderit? eine *interrogatio* in jure ſtatthaft geweſen ſey. Denn einestheils ſieht man denn keinen genügenden Grund ein, warum man die auf das Geſtändniß bei der actio legis Aquiliae gegebene actio nicht ebenfalls actio interrogatoria, ſondern confessoria genannt habe [7]); und anderntheils wird man geneigt zu glauben, daß der auf das damnum injuria datum bezügliche Fall des Paulus, nur dem Umſtande ſeinen Platz in dem Titel de interrogationibus verdanke, weil er ihn mit andern hierher gehörigen Fällen vergleichend zuſammenſtellte. Allein eben dieſe vergleichende Zuſammenſtellung ergibt, daß er eine Aehnlichkeit zwiſchen jenem Falle und dieſen fand, und zwar nach dem Inhalte des Fragments darin, daß der confessus durch eine falſche confessio eine gegen einen Andern begründete Klage auf ſich nehme; ſo wie denn auch darin eine Aehnlichkeit liegt, daß in beiden Fällen eine auf die confessio gegründete actio ſtattfindet. Bedenkt man nun, daß die Römiſchen Juriſten noch keine doctrinelle Unterſcheidung zwi-

7) Vielleicht eben darum, weil hier die confessio mehr umfaßte, als bei der gewöhnlichen interrogatio in jure, nämlich ſtatt eines präjudiciellen Theils den Hauptklagegrund? oder weil hier zufolge der confessio nur condemnatio in simplum, und nicht, wie im Falle des Leugnens, in duplum eintreten konnte? Daß immer eine confessoria ſtattgefunden, wenn die Antwort auf die interrogatio bejahend geweſen, wie Glück a. a. O. XI. S. 267 annimmt, dürfte ſich nicht rechtfertigen laſſen, da nur bei der actio legis Aquiliae dieſe Benennung ſich findet.

ſchen einer legitimatio ad causam passiva (unter welche die ſonſtigen unzweifelhaften Fälle der interrogatio in jure gehören) und dem Klagegrund ſelber, aufſtellten, ſo läßt ſich eine Möglichkeit der gleichen Beurtheilung jener Fälle in Anſehung der Wirkungen eines falſchen Geſtändniſſes durch folgendes Raiſonnement erklären. Wer fälſchlich geſteht er ſey heres, zieht damit die gegen den wirklichen Erben begründete Klage auf ſich; wer fälſchlich geſteht: se occidisse servum, zieht damit die gegen den wirklichen Thäter begründete Klage auf ſich. — In beiden Fällen iſt ein Beklagter da, qui liti se offert. — Iſt im erſteren Falle keine Klage gegen den wirklichen Erben begründet, ſo wird auch das Geſtändniß wirkungslos; iſt im letzteren Falle der Sclave nicht getödtet, ſo müßte darnach daſſelbe eintreten. — Aber hier zeigt ſich die Verſchiedenheit: denn im erſteren Falle iſt der Grund der Hauptklage noch nicht feſtgeſtellt, im letzteren iſt er aber ſchon mit eingeſtanden. In der rechtlichen Wirklichkeit liegt hier ein einziges untrennbares Factum eingeſtanden vor; in der Vorſtellung läßt es ſich aber in zwei Theile zerlegen: a) ich habe den Sclaven getödtet; b) der Sclave iſt getödtet. Daß der letztere Theile unwahr ſey, ſoll noch vom confessus erwieſen werden können und dann das ganze Geſtändniß in ſeinen Wirkungen aufgehoben ſeyn; der directe Beweis der Unwahrheit des erſten Theils ſoll aber nicht zugelaſſen ſeyn. Es fragt ſich nun: warum iſt jener Gegenbeweis mit jener Wirkung noch zugelaſſen? Aus dem Geſichtspunkte der interrogatio in jure iſt die Antwort dieſe: weil der Kläger den Umſtand, ob ſeine Sache verletzt oder vernichtet ſey, ſelber wiſſen mußte, wenn er wegen Beſchädigung Klage erheben wollte, und daher, wenn dieſe Verletzung oder Beſchädigung nicht geſchehen, er auch nicht als durch das falſche Geſtändniß irre geleitet gelten konnte [8]). Der hier dem confessus geſtattete Gegenbeweis iſt kein an-

8) Vgl. oben §. 2. Note 17. ff.

derer, als der dem fictus possessor geſtattete Beweis, daß der Kläger ab initio litis gewußt habe, daß er nicht beſitze, welcher ihn ebenfalls von den Folgen ſeines falſchen Einräumens: se possidere, befreit [9]). Dieſer fictus possessor muß dieſen Beweis „evidentissimis probationibus“ führen, d. h., weil der Beweis dieſer Wiſſenſchaft nur ein künſtlicher ſeyn kann, ſo muß er ſolche Thatſachen beweiſen, aus welchen dieſe Wiſſenſchaft ganz unzweifelhaft folgt [10]). Ein eben ſolcher Beweis iſt der in den angeführten Stellen geforderte: daß der Sclave des Klägers noch lebe, daß er natürlichen Todes geſtorben, daß er nicht verwundet ſey [11]); woraus juriſtiſch mit Evidenz die Wiſſenſchaft des Klägers folgt, weil er ſie haben mußte.

Dieſe Erklärung jener Stellen im Titel ad legem Aquiliam aber, welche deshalb hier aufgeſtellt worden iſt, weil die L. 20. pr. D. de interrog. cit. und die prozeſſualiſche Aehnlichkeit des Verhältniſſes mit dem bei der interrogatio ſtattfindenden, eine nicht unbegründete Veranlaſſung dazu zu geben ſchien, muß aufgegeben werden. Nicht etwa deshalb, weil ſie an ſich unrichtig wäre: denn ſie erklärt vollkommen, was ſie erklären ſoll und aus Gründen, welche ſich aus den Geſetzen ergeben; ſondern vielmehr deshalb, weil ſich aus den zu erklärenden Stellen ſelber ein anderer Grund nachweiſen läßt, welcher indeß mit dem bisher zur Erklärung benutzten ganz gut beſtehen kann, aber doch als der eigentlich entſcheidende betrachtet werden muß.

II. Wer nämlich geſteht: se occidisse, se vulnerasse servum; der hat damit auch ſchon den Grund der Verbindlich-

9) L. 45. D. de H. P. (5. 3.)

10) Bei dieſer Erklärung muß zur Herſtellung dieſer Thatſachen, welche die Prämiſſe bilden, jeder gewöhnliche Grund juriſtiſcher Gewißheit genügen und es iſt wohl unrichtig mit Gönner a. a. O. I. Abh. 16. §. 6. Note g. hier im heutigen Prozeſſe ſchlechthin die Eidesdelation auszuſchließen.

11) Vgl. Note 17.

keit zum Schadenerſatze eingeſtanden, dieſe iſt damit eben ſo unabänderlich feſtgeſtellt, als ob ſie durch ein rechtskräftiges Erkenntniß ausgeſprochen wäre; es kann kein judex rei *judicandae* mehr beſtellt werden, denn: nullae partes sunt judicandi (al: judicantis) in confitentes [12]). Ueber jenen abgemachten Punkt iſt, nachdem die unabänderliche formula judicii darauf gegründet iſt, wenn nicht etwa eine restitutio in integrum erlangt werden kann [13]), weder weitere Verhandlung nach Beweis oder Gegenbeweis zuläſſig. — Allein es iſt damit noch nicht alles gethan, was zur Verurtheilung des Beklagten in die *aestimatio* nöthig iſt; deshalb wird noch ein judex rei *aestimandae* beſtellt [14]); alles was die Frage: *quanti* ea res sit? betrifft, iſt noch Gegenſtand der Verhandlung, des Beweiſes, und der richterlichen Beurtheilung, und auch der Kläger iſt noch nicht vom Beweiſe frei, wenn er erforderlich iſt, um eine gewiſſe Summe in Anſpruch zu nehmen, welche der Richter nicht ſchon aus der ihm vorgelegten Sache als begründet anerkennt, denn: „hoc enim *solum* remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere *eum* occidisse, caeterum occisum esse hominem a quocunque oportet“ ſagt Julian [15]). Der Kläger muß alſo zeigen, wie groß ſein Schade ſey [16]): dies kann auf zweierlei Art geſchehen: entweder er legt die Sache vor, damit der Richter ſie ſchätze, oder er thut den Betrag auf andere Weiſe dar. Dagegen ſind nun dem Beklagten weder Einwendungen noch Beweiſe abgeſprochen; iſt der vorgebrachte geſtändig verwundete Sclave ohne Merkmal einer Verletzung, ſo iſt es ſchon ohnehin unmöglich eine Verletzung zu ſchätzen („Hoc

12) L. 25. cit. §. 2. ad Leg. Aquil. (9. 2.)

13) Vgl. §. 4. Note 52. 53.

14) L. 25. §. 2. cit.

15) L. 23. §. 11. cit.

16) Das juramentum in litem fand hier nicht ſtatt. Denn es wird ſich keine daſſelbe geſtattende Stelle nachweiſen laſſen, wo nicht contumacia gegen ein arbitrium auf Reſtitution vorausgeſetzt iſt.

apertius est circa vulneratum hominem, nam si confessus sit vulnerasse, nec sit vulneratus: aestimationem cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus?“ [17]); wird der geſtändig getödtete Sclave lebend vor den judex gebracht, oder ſieht der judex, daß er natürlichen Todes geſtorben iſt, ſo muß die *aestimatio* des Schadens ſich auf nichts reduciren (cessat Aquilia, non tenetur de mortuo) und daſſelbe muß eintreten, wenn der Kläger eine gewiſſe Summe als den Betrag ſeines Schadens angibt, der Beklagte aber jene Umſtände erweiſet. Das Geſtändniß an und für ſich wird dadurch gar nicht alterirt; das Verhältniß iſt hier juriſtiſch ſo aufzufaſſen, als ob die geſtandene Handlung vom Beklagten vollführt, aber ohne daß dem Kläger irgend ein *damnum* dadurch erwachſen wäre.

Die Lage der Sache kommt hier einem Verhältniſſe gleich, welches eine confessio auf eine interrogatio in jure ebenfalls wirkungslos macht, nämlich dem, wo, ſelbſt bei der Exiſtenz des eingeſtandenen präjudiciellen Verhältniſſes, doch in der Hauptſache kein Anſpruch des Interrogirenden ſtattfindet; nämlich wenn ihm ein ſolcher überall nicht zuſteht, alſo auch nicht gegen die Perſon, an deren Stelle der Interrogirte ſich durch eine falſche confessio geſetzt hat. Denn: confessionibus falsis respondentes, ita obligantur, si ejus nomine, de quo quis interrogatus sit, cum *aliquo* sit actio [18]).

Eben derſelbe Grund der Unwirkſamkeit eines Geſtändniſſes läßt ſich auch in einer andern Stelle [19]) (der einzigen,

---

17) L. 25. D. cit.

18) L. 13. pr. D. de interrog. in jure etc. (11. 1.). Denn in Folge der interrogatio und confessio entſtand keine neue Klage — weshalb Einreden in der Hauptſache auch keineswegs ausgeſchloſſen waren (L. 12. §. 1 D. eod) — ſondern die vorhandene erlangte dadurch nur eine beſondere Eigenſchaft (adjectitia qualitas). Vgl. Glück a. a. O. XIII. S. 260. — Es muß nach der angeführten Stelle actio cum *aliquo* ſeyn; es muß aber auch actio cum *alio* ſeyn (L. 14. D. eod.). Vergl. §. 3. Note 7. §. 4. noch Note 57.

19) L. 7. D. de confessis (42. 2.).

welche noch hierher gehören dürfte) aus *Africani* lib. 5. Quaest. behaupten. Der Inhalt derſelben iſt kurz dieſer: ein Erbe geſteht (in der extraordinaria cognitio) ein Fideicommiß ſchuldig zu ſeyn; um die Reſtitution zu reguliren, wird ein arbiter [20]) beſtellt; findet dieſer nun keinen Inhalt des Fideikommiſſes, ſo kann er auch natürlich keine Reſtitution reguliren, es ſey nun die Maſſe inſolvent (es iſt hier vom Rechte vor Einführung des beneficii inventarii die Rede), oder das Fideicommiß ſchon bezahlt, oder es ſey endlich, daß überall kein Fideicommiß aufgelegt war. Im letzteren Falle ſoll er indeß nicht ſelber abſolviren, weil dies hier außer den Gränzen ſeines officii liegen würde; er ſoll vielmehr die Sache zur Ausſprechung der Abſolution an ſeinen Committenten remittiren. In den erſtern beiden Fällen aber kann er ſelber abſolviren, weil es hier Folge der ihm übertragenen Computation iſt. Die confessio kann alſo kein Reſultat haben, wenn ſie kein certum enthält (z. B. ein bloßes: se debere fideicommissum), ſo daß noch eine Ausmittelung eines certum erforderlich, und dieſe der Nichtexiſtenz des Gegenſtandes wegen unmöglich iſt; daher ſagt auch *Paulus* libro 4. ad Sabinum [21]): „Non omnimodo confessus condemnari debet rei nomine, quae, an in rerum natura esset, incertum sit.“

Redet nun kein einziges der angeführten Geſetze von Entkräftung des Geſtändniſſes durch bloßen Beweis der Unwahrheit, und laſſen ſich anderweitige Gründe nicht dafür auffinden, ſo ſind wir berechtigt, in Gemäßheit des im §. 4. aufgeſtellten Princips der Uebereinſtimmung der Partheien als Grund des Geſtändniſſes, den Gegenbeweis an und für ſich als Aufhebungsmittel des gerichtlichen Geſtändniſſes zu verwerfen.

---

20) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 285—287.

21) L. 8. D. eod.

§. 7.

Ueber die Anwendbarkeit der Vorschriften des römischen und canonischen Rechts über das gerichtliche Geständniß im heutigen Prozesse.

Das canonische Recht hat in den Grundsätzen des römischen in dieser Materie im Wesentlichen nichts geändert, sondern vielmehr in einzelnen Punkten dieselben bestätigt [1]). Die Ausdehnung der restitutio in integrum der minores auf Kirchen [2]), die Anerkennung der Positionen [3]) und die Ungültigkeit eines Geständnisses der Ehegatten, daß ihre Ehe eine incestuose sey [4]), sind die alleinigen aus dem canonischen Rechte sich ergebenden Modificationen. — Eben so wenig finden wir im gemeinen deutschen Rechte abändernde Vorschriften [5]). Die Ausbeute, welche aus den Reichsgesetzen für das Geständniß zu gewinnen ist, beschränkt sich auf eine Anerkennung der juristischen Gewißheit desjenigen, worin die Partheien übereinstimmen [6]), und auf das Positionalverfahren, von welchem weiterhin die Rede seyn wird.

Der heutigen Anwendbarkeit desjenigen, was bisher in den §§. 4—6 über die gesetzlichen Bestimmungen in dieser Materie erörtert worden, steht also, auch insofern es (was freilich fast ausschließlich der Fall) rein dem römischen Recht entnommen ist, kein Gesetz entgegen. Auch scheint der im §. 4 aufgestellte Grund der Wirkungen des Geständnisses dergestalt von der Verhandlungsmaxime unzertrennlich zu seyn (vgl. §. 4. Nro. I. vor not. 7), daß er in jedem Verfahren, welches diese Maxime, wenn auch nicht durchaus

---

1) Vgl. §. 5. not. 23.

2) Vgl. § 4. not 53.

3) Vgl. unten.

4) Vgl. §. 4. not. 30.

5) Im alten germanischen Verfahren wird sich kein anderes Grundprincip für das Geständniß auffinden lassen, als das hier angenommene.

6) Vgl. §. 1. not. 16a.

rein und unvermiſcht, ſondern nur dem Grundprincipe nach in ſich aufgenommen hat, anwendbar ſeyn und gefunden werden muß. Selbſt wenn kein Geſetz ihn vorgeſchrieben und keine Doctrin ihn aufgeſtellt hätte, müßte er ſich bei einem ſolchen Verfahren in der Praxis von ſelber geltend machen. Und wie abweichend auch die Anſichten der Richter über den Grund der Wirkungen des Geſtändniſſes ſeyn mögen, ſo werden ſie immer, ſie mögen jenen Grund nun in einem Verzichte oder in der Glaubwürdigkeit finden, dasjenige, worüber ſich beide Partheien einverſtanden erklären, als gewiß und beſeitigt betrachten. Sie werden auch immer, wo ein Geſtändniß in Frage ſteht, wenigſtens eine *behauptete* Uebereinſtimmung beider Theile finden: denn es kann nie ein ſolches in Frage kommen, wenn nicht Ein Theil ſich auf die wirkliche oder angebliche Aeußerung des andern beruft und ſich damit einverſtanden erklärt. Es bezeugt dies ſchon die dem Practiker noch jetzt vorſchwebende in der Theorie aufgegebene (vgl. §. 4. not. 34) Nothwendigkeit der Acceptation des gegneriſchen Geſtändniſſes; ſo unpaſſend und unrichtig es auch iſt, der Form einer *Acceptation* ſich dazu zu bedienen und dann in der übereinſtimmenden Erklärung einen Vertrag zu finden. — Nur dann, wenn vom Widerrufe, der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand und vom Gegenbeweiſe die Rede iſt, wird ſich in der Praxis die Folge der verſchiedenen Theorien hervorthun.

Die Haupt-Sätze, deren Anwendung als mit dem heutigen Verfahren im Widerſpruche ſtehend betrachtet werden könnte, ſind nun im Folgenden näher zu erörtern.

I. Ueber die Anwendbarkeit des Grundſatzes: „confessus in jure pro judicato habetur“, ſind die Meinungen verſchieden [7]). Die Mehrzahl der Neuern entſcheidet ſich gegen

7) So lange es noch eine, von der Antwort auf die Klage verſchiedene, Litiscontestation gab, welche dann in einer generellen Verneinung beſtand, hatte es wenigſtens einen formellen Grund für ſich, wenn man der vor der L. C., oder richtiger ohne daß eine

dieſelbe [8]); und ſo gewiß auch die Praxis, inſofern als durch ein gerichtliches Geſtändniß die Form eines ausdrücklichen Urtheils über das Eingeſtandene überflüſſig ſeyn ſoll [9]). Allein daß ein Urtheil über einen gerichtlich eingeſtandenen Punkt mehr als eine bloße Form ſey, muß verneint werden, es ſey nun, daß das Urtheil dahin gehe: daß die eingeſtandene Thatſache für wahr anzunehmen; oder dahin, daß die eingeſtandene Verbindlichkeit zu erfüllen ſey. — Denn iſt es durch das Geſtändniß an und für ſich ſchon außer Zweifel, daß der Richter das Eingeſtandene als juriſtiſche Wahrheit betrachten muß, und geht hier die Herſtellung derſelben von den Partheien allein aus, ſo kann auch ſein Urtheil weiter nichts ſeyn, als eine formelle Anerkennung dieſer Partheihandlung, welche eben ſo gut durch eine bloße protokollariſche Aufzeichnung hergeſtellt werden könnte,

---

ſolche überall ſtattgefunden, erfolgten confessio die Wirkung der res judicata beilegte; der nach der L. C. erfolgten aber nur die Wirkung juriſtiſcher Gewißheit, ſo daß noch ein Urtheil erforderlich war; — wiewohl dennoch auch im erſtern Falle (wo von Graffen D. de conf. qualif. Goett. 1769 ein mandatum sine clausula für anwendbar hält) ein Urtheil abgegeben zu werden pflegte. Vgl. Stryk U. M. P. L. 42. T. 2. §. 3. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 295. Seit dem J. R. A., wo auch das ſofortige Geſtändniß des Beklagten nicht mehr als etwas von der L. C. Verſchiedenes betrachtet wird, iſt auch dieſer formelle Grund hinweggefallen. — Für die Anwendbarkeit des römiſchen Grundſatzes erklären ſich: Claproth a. a. O. §. 138. Nr. I. Bayer, Vortr. S. 305.

8) Weber a. a. O. S. 85. Hefftter, Inſtitut. S. 187 not. 3. indem er, unter Berufung auf L. un. C. de confessis (7. 59.), eine Verurtheilung verlangt, welche Stelle aber von einer ſolchen nicht redet. Linde, a. a. O. §. 256 not. 18. und Andere, als Danz, Grolman, Martin, indem ſie den Satz übergehen.

9) So Stryk l. c. §. 1. „Hinc nullae aliae sunt partes judicis in confitentem, quam *condemnatio* et executio.“ — Daſſelbe ſagt auch das Sprichwort der alten Practiker: „Aus deinem Mund urtheil ich dich“; (conf. Goblers gerichtl. Proz. ed. 1578. fol. 44 a.). Denn der Richter ſpricht nur das aus, was der Geſtehende ſelber bereits ausgeſprochen hat.

um dieselben Wirkungen zu erzeugen. Dies gilt wenigstens unbedingt von dem Falle, wenn das Geständniß auf ein die ganze Sache umfassendes Rechtsverhältniß geht. — Geht es bloß auf ein (natürliches) Factum, so fällt nur das Urtheil über die Wahrheit als unnöthig hinweg, und nur insoweit ist das Erkenntniß hier der res judicata gleich. In diesem Falle nun, so wie wenn ein Geständniß über ein Rechtsverhältniß nicht die ganze Hauptsache umfaßt (z. B. wenn es nur ein Präjudicialpunkt ist), wird allerdings noch ein Urtheil in der Sache nöthig; aber nicht über das Eingestandene, welches nur demselben zum Grunde gelegt wird, sondern nur über das unter dem Geständnisse nicht Mitbegriffene. In diesem Falle macht denn auch das Geständniß unzweifelhaft noch keine causa finita. Wenn es aber das ganze Rechtsverhältniß, welches Gegenstand des Hauptstreits ist, umfaßt, so entsteht die Frage: ob durch das Geständniß, oder durch das dasselbe anerkennende Urtheil, causa *finita* hervorgebracht werde? eine Frage, welche in Beziehung auf den Widerruf des Geständnisses, und auf die Wiederaufhebung desselben wegen Irrthum, von Wichtigkeit ist (vgl. §. 5. not. 21). Es hat die Bestimmungen des römischen Rechts für sich, die causa finita hier sofort mit dem Geständnisse anzunehmen, und es steht kein Grund entgegen, ihnen zu folgen. — Denn erscheint jenes Urtheil als bloße Form, so muß man auch die fortdauernde Gültigkeit der Regel: confessus in jure pro judicato habetur, ihrem materiellen Einflusse nach, behaupten. — Das Hinwegfallen des Unterschiedes zwischen jus und judicium kann darin nichts ändern: denn heutzutage muß man alle gerichtlichen Handlungen als in jure geschehend betrachten. Eben so wenig ändert es etwas, daß im neuern römischen Verfahren alle judicia extraordinaria sind [10]), weil sich nicht behaupten läßt, daß für eine confessio in einer extraordinaria

10) §. 8. J. de interdictis (4. 15.)

cognitio etwas Abweichendes gegolten habe [11]). Ueberdieß ſind auch die Grundſätze über die confessio in jure in den Quellen des neuern und heutigen römiſchen Rechts als geltend aufgeſtellt. — Inſofern nun nach dem Geſagten durch eine confessio res judicata entſteht, oder derſelben gleiche Wirkung, iſt denn auch zugleich Rechtskraft [12]) vorhanden, ſo daß gegen daſſelbe an und für ſich keine Appellation, ſondern nur ein Berufen auf Nichtigkeit wegen mangelnder Uebereinſtimmung und eine restitutio in integrum ob minorem aetatem, und, inſofern es durch einen Stellvertreter abgelegt iſt und abgelegt werden kann, Reſtitution wegen eines von demſelben begangenen Verſehens — wenn nämlich die Praxis dafür iſt, dagegen zu reſtituiren — ſtattfindet. Denn die übrigen Gründe, wegen welcher gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß reſtituirt wird, ſind theils undenkbar: als Abweſenheit, beſtochene Zeugen und verfälſchte Urkunden; theils unzuläßig: wie neuaufgefundene Beweismittel, welche ohnehin nur beim aufgelegten Eide vorkommen und, eben ſo wie ſonſtige nova, hier nur ein Berufen auf Irrthum begründen würden, welches nach ausdrücklicher Vorſchrift kein Reſtitutionsgrund gegen ein Geſtändniß nach beendigter Sache iſt [13]). — Es gelten alſo noch die §. 4. litt. a. c. not. 18. 19. 21. angeführten Verſchiedenheiten, zwiſchen der confessio in jure und einem noch nicht rechtskräftigen Erkenntniſſe. Eben ſo findet auch noch der ebendaſelbſt not. 25. und 26. angegebene Unterſchied zwiſchen der confessio und einem rechtskräftigen Erkenntniſſe, in Anſehung der ausnahmsweiſen Wirkung des letztern auf dritte Perſonen, Statt, welchem die eben bemerkte Beſchränktheit der restitutio in integrum ſich beigeſellt.

11) Nur die Beſchränkung des Widerrufs durch die Formel mußte hier wegfallen. Vgl. §. 4. not. 60.

12) A. M. Weber, a. a. O. S. 85.

13) Vgl. §. 5. not. 20 fgg.

II. In Ansehung der heutigen Anwendbarkeit desjenigen, was im §. 4. not. 30—38 über die confessio in jure gesagt worden ist, können Zweifel darüber entstehen, ob das Geständniß, insofern es nicht nothwendig zur Rechtsgeltendmachung oder Vertheidigung gehört, auch jetzt noch von der Parthei selber, und ob es in Gegenwart des Gegentheils oder seines Stellvertreters abgelegt werden müsse. — Was das Erstere, die Ausschließung des Stellvertreters, betrifft, so bezieht sich dies nur auf den Fall, wenn der Beklagte sich zu der wider ihn eingeklagten Verbindlichkeit schuldig bekennt: denn nur von ihm, und nur in Beziehung auf die eigentliche confessio in jure ist davon die Rede (vgl. §. 4. not. 35.), also in einem Falle, wo sofort die Wirkungen eines condemnatorischen Urtheils gegen den Confitenten erzeugt werden sollen. Dies gehörte nicht zur Rechtsvertheidigung und somit war der Stellvertreter nicht dazu auctorisirt (vgl. §. 4. not. 36). Da indeß nicht ausdrücklich gesagt ist, daß auch ein specielles Mandat unzulänglich sey, und da bei ähnlichen Handlungen ein generelles Mandat für ungenügend erachtet, jedoch ein specielles für hinlänglich erklärt wird, nämlich bei der Transaction und der Eidesdelation [14]), so scheint kein hinreichender Grund vorhanden zu seyn, den speziell Bevollmächtigten zu einem solchen Geständnisse nicht ermächtigt zu halten [15]). Zu allen übrigen Geständnissen bedarf es aber eben so wenig einer Specialvollmacht, als diese zu gerichtlichen Verträgen überhaupt erforderlich ist; wie sie denn auch bei den übrigen Geständnissen, welche im römischen Rechte genannt werden, nicht gefordert wird (vgl. §. 4. not. 37). Wollte man hier ein Specialmandat fordern, so wäre kein Vortrag eines nur generell

14) Arg. e contr. L. 69. D. de procurat. (3 3.) L. 17 §. 3. D de jurejur. (12.2.)

15) Vgl. auch Bayer Vortr. S. 143. 307. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 275 und 307.

Bevollmächtigten gültig, wenn er auch mit den vorher oder nachher geſchehenen Aeußerungen des Gegners übereinſtimmte; weil dann immer ein Geſtändniß vorhanden iſt. — Was den zweiten Punkt betrifft, ſo gehört es gewiß zur Rechtsgeltendmachung, eine Erklärung entgegenzunehmen, welche die Wirkungen einer Condemnation des Gegners hat und ſo kann es denn auch nicht auffallen, daß auf Seiten des Klägers die Anweſenheit eines Stellvertreters auch hier genügt. Der Grund aber, welcher für die Nothwendigkeit ſeiner Anweſenheit angeführt wird: „nec soleat quis absenti condemnari“ [16]), iſt ſchon im neuern römiſchen Rechte als hinweggefallen zu betrachten [17]). Deshalb muß es genügen, wenn nur die Uebereinſtimmung des Klägers, welche im vorliegenden Falle ja ſchon in der Klage liegen muß, in den Acten vorhanden iſt. Auf andere Weiſe kommt auch heutzutage im rein ſchriftlichen Verfahren überall kein Geſtändniß zu Stande.

III. In Anſehung der confessio auf eine interrogatio in jure wirft ſich zunächſt die Frage auf: inwiefern das Inſtitut der interrogatio in jure im neueren römiſchen Verfahren noch practiſch war? [18]) Die Stelle, auf welche man ſich für die Verneinung dieſer Frage zu berufen pflegt, iſt folgende:

Callistratus lib. 2. edicti monitorii. L. 1. §. 1. D. h. t. „Interrogatoriis autem *actionibus* hodie non utimur: quia nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere: ideoque minus frequentantur, et in desuetudinem abierunt, sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint

16) L. 6. §. 8. D. de confessis (42. 2.).

17) L. 30. §. 2. C. de judiciis (3. 1.). Vgl. Bayer, Vortr. S. 308.

18) In der neueſten Bearbeitung dieſer Lehre — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 287 — iſt auf eine Beantwortung dieſer Frage verzichtet. Es dürfte indeß doch von Intereſſe ſeyn, ſie zu verſuchen.

apud judices, vel in hereditatibus, vel in aliis rebus quae in causis vertuntur."

Die Meinungen über den Inhalt dieſer Stelle ſind nun verſchieden. Nach Einigen ſoll hier nur davon die Rede ſeyn, daß die auf eine außergerichtliche (vgl. §. 4. not. 39.) interrogatio gegründete actio interrogatoria außer Gebrauch gekommen ſey [19]). Allein wäre dies die Meinung des Calliſtratus geweſen, ſo begreift man nicht, wie er ſo allgemein ſich habe ausdrücken können, da ja dann die, nach jener Auslegung zu ſeiner Zeit noch practiſchen actiones interrogatoriae auf die interrogatio *in jure*, von ihm gänzlich außer Acht gelaſſen ſeyn müßten; auch paßte dann das „nemo cogitur ante *judicium* de suo jure aliquid respondere" nicht; es müßte vielmehr dann heißen: „nemo cogitur de suo jure aliquid respondere antequam *in jus* vocatus sit". Auch läßt ſich die Anwendbarkeit der *actio* interrogatoria im neueſten römiſchen Verfahren nicht daraus ſchließen, daß im Juſtinianiſchen Rechte Stellen vorkommen, in welchen ihrer Erwähnung geſchieht [20]), da es hier ausdrücklich geſagt wird, daß ſie abgekommen ſey. Außer derjenigen Stelle, welche von ihrer Aufhebung redet, wird ſie nur in einer einzigen genannt, und zwar in einem Fragmente des Scävola [21]), wo nicht vom Verfahren die Rede iſt, ſondern von der Haftung aus der interrogatio und der confessio, welche ohne Zweifel noch dieſelbe war, als die Form der actio interrogatoria auch nicht mehr ſtattfand. Daß Scävola, zu deſſen Zeit die actio freilich gewiß noch gebräuchlich war, ſich dabei des Ausdrucks: an quasi *interrogatoria* creditoribus caeteris teneatur? bedient, und daß dieſer Ausdruck ungeändert in die Pandecten aufgenommen

19) So Glück a. a. O. S. 255 unter Berufung auf Wybo l. c. c. IV. p. 51. sqq. und in Triboniano ab emblemat. Wissenbachii liberato. cap. II. §. 9.

20) Hierauf beruft ſich Glück a. a. O. S. 257. 258.

21) L. 22. D. de interrog. etc. (11. 1.)

worden, kann den Gebrauch der interrogatoriae *actiones* zu Justinian's Zeiten offenbar nicht beweisen. Auch würden sie nothwendig ein anderes Verfahren erheischt haben, als das zu denselben stattfindende, welches mit der Insinuation der Klage den Anfang machte. Denn die interrogatio hätte doch der Klage vorhergehen müssen, wie im Formal-Verfahren, wenn diese auf jene gegründet werden sollte. Von einem solchen Verfahren findet sich aber wenigstens keine Spur.

Nach Anderen dahingegen gab es zu Justinian's Zeiten, und nach aufgehobenem Formalprozesse weder interrogationes in jure, noch interrogatoriae actiones [22]). Daß nun die *actiones* in ihrer formellen Bedeutung nicht mehr stattgefunden, kann um so weniger bezweifelt werden, als Callistratus, wenn man seiner Aeußerung keine beschränkende Gewalt anthut, schon von seiner Zeit den Nichtgebrauch derselben bezeugt. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß auch die *interrogatio* in jure mit ihren materiellen Wirkungen hinweggefallen sey: denn dagegen spricht die Aufnahme derselben in die Justinianische Sammlung, in welcher sie keineswegs, wie dies mit der actio nach dem Obigen der Fall ist, als eine aufgehobene Antiquität erscheint [22a]).

Dies führt denn zu der Ansicht, daß die actiones interrogatoriae als aufgehoben, das Institut der interrogatio [23])

---

22) Vgl. Glück a. a. O. S. 287.

22a) Vgl. auch const. Deo auctore §. 10.

23) Auf die Unterscheidungen mehrerer Arten von Interrogationen (als solchen, welche vor der Klage oder nach Anstellung derselben, solchen, welche dazu dienen sollen, eine Klage gegen den Interrogirten zu verschaffen oder eine bereits zustehende zu begründen, präparatorischen oder entscheidenden) — vgl. Glück a. a. O. XI. S. 288. 289—290. 291—292 — hier einzugehen, scheint nicht erforderlich. Insofern diese Unterscheidungen nur dahin führen sollen, daß vor angestellter Klage keine Interrogationen stattfinden, wohl aber nach Anstellung derselben, stimmen sie mit dem Folgenden überein.

mit ihren materiellen Wirkungen aber als noch zu Juſtinian's Zeiten beſtehend betrachtet werden [24]) und ſie folgeweiſe der Theorie nach auch noch jetzt anwendbar ſeyn müſſen. Auch abgeſehen von dem Grunde, der in der Aufnahme der betreffenden Fragmente in die Pandecten liegt, enthalten dieſe Fragmente, ihren Inhalt an und für ſich betrachtet, nichts gegen jene Anſicht. Denn Calliſtratus redet noch von der interrogatio in jure, während er die actio interrogatoria als ungebräuchlich anführt [25]); eben ſo reden ſeine Zeitgenoſſen Ulpian und Paulus noch von jener, ohne dieſer zu gedenken. Der einzige Juriſt in den Pandecten, bei welchem ſich noch eine Spur von der actio findet, iſt Scävola [26]), alſo ein älterer als der die Aufhebung bezeugende Calliſtratus [27]). — Es entſteht indeß dabei die Frage: welchen Nutzen konnten die interrogationes in jure haben, wenn keine interrogatoria actio mehr ſtattfand? wenn vielmehr die Klage ſchon angeſtellt war, wenn die interrogatio geſchah? — Die plurispetitio war nun bereits geſchehen, konnte alſo nicht mehr vermieden werden. Der Beweis wurde eben ſo gut überflüſſig, wenn der Beklagte ohne eine interrogatio geſtand, und es trat auch vor geſprochener Sentenz kein Zeitpunkt ein, wo die confessio unwiderruflich ge-

---

24) Dieſer Anſicht ſind: Voet, Comment. ad Pand. h. t. §. 4. Hommel, Progr. de interrog. in jure faciendis hodie non sublatis (Lipsiae 1750) pag. 26.

25) Es dürfte ſonach kein innerer Grund vorhanden ſeyn, in der angeführten L. 1. §. 1. D. de interrog. ein Emblem Tribonian's zu finden. Vgl. auch Hommel l. c. p. 24—26, Glück a. a. O. XI. S. 290. Nro. 1 unten.

26) Vgl. oben not. 21.

27) Da kein Zeitgenoſſe des Calliſtratus der *actio* mehr erwähnt, ſondern nur der interrogatio, ſo können natürlich ihre Fragmente für die Fortdauer der actio nichts erweiſen. S. dagegen Glück a. a. O. S. 290. Uebrigens hat es viele Wahrſcheinlichkeit, daß Calliſtratus mehr als ſeine Zeitgenoſſen die Tendenz hatte, das zu ſeiner Zeit Gebräuchliche zu berückſichtigen. Vgl. L. 2. D. ex quibus causis majores (4. 6.) und Hefftter, Inſtit. S. 286.

worden wäre [28]). Allein wenn im römiſchen Verfahren nicht, wie nach den Grundſätzen unſerer heutigen Eventualmaxime, alle bei der Sache in Betracht kommenden Punkte zugleich, ſondern vielmehr nach einander, verhandelt und entſchieden wurden [29]), ſo iſt es nicht allein denkbar, ſondern auch höchſt wahrſcheinlich, daß nun nach angeſtellter Klage die Frage über die legitimatio ad causam passiva zuerſt allein, vermittelſt einer vom Kläger geſtellten interrogatio, zur Sprache gebracht wurde, und daß, wenn nun ſtatt einer Sentenz über dieſen Punkt eine confessio des Beklagten erfolgte, und nun der Kläger in Folge derſelben die Klage gegen den confessus fortſetzte, der Widerruf ausgeſchloſſen war, weil die confessio in Anſehung dieſes Punkts die Stelle der Sentenz vertrat, und in dem Widerrufe für den Kläger eine captio gelegen hätte [30]). So ſtand denn im neuern römiſchen Verfahren, die interrogatio mit der darauf erfolgten confessio, in demſelben Verhältniſſe für die Fortſetzung der Klage, wie im Formalprozeſſe für die Anſtellung derſelben, und da, wie hier die actio interrogatoria, dort die Fortſetzung der Klage, ſich nun mit der ganzen Hauptſache beſchäftigte, in gleichem Verhältniſſe zu dieſer; der Legitimationspunkt ſtand feſt. So wie im Formalprozeſſe der Kläger im Falle des Läugnens von der Klage, ſo konnte er hier in demſelben Falle von der Fortſetzung derſelben abſtehen, und ſo ſich, mit Ausnahme der jetzt ſchon entſtandenen Koſten, von den Nachtheilen einer unbegründeten Klaganſtellung befreien. Denn hatte er vor der Litiscontestation interrogirt, ſo konnten auch etwa von derſelben zu befürchtende Nachtheile nicht eintreten. (Vgl. z. B. §. 3. not. 9). Auch im Falle des fälſchlichen Läugnens, und des Nichtantwortens, waren die Grundſätze von der interrogatio noch von

28) Vgl. § 5. not. 4. fgg.
29) Vgl. §. 5. not. 8 a.
30) Vgl. §. 4. not. 51.

Wichtigkeit. Denn das Läugnen über andere Punkte hatte nach geführtem Beweiſe nur die, ſich von ſelber verſtehende, Folge der Erwieſenheit ſolcher Punkte, und der Haftung für die daraus folgende Verbindlichkeit; bei der interrogatio aber konnte der läugnende Beklagte unter Umſtänden weiter verhaftet werden, als die Verbindlichkeit ging, welche gegen ihn dargethan worden (vgl. §. 4. not. 49). Die contumacia im Nichtantworten befreite ſonſt den Kläger nicht vom Beweiſe [31]); wohl aber fand dies bei der interrogatio Statt (vgl. §. 4. not. 49). — Dieſe, von der Form der actio interrogatoria unabhängigen, Wirkungen konnten alſo auch nach neueſtem römiſchen Rechte noch ſtattfinden; und in derſelben Art wie hier, muß man auch noch jetzt die interrogatio der Theorie nach für zuläſſig halten. Selbſt die Eventualmaxime ſteht nicht entgegen, dem Kläger es zu geſtatten, nach eingebrachter Klage und vor geſchehener Einlaſſung dem Beklagten über ſolche Punkte, wegen welcher die interrogatio nach den Geſetzen geſtattet iſt, eine ſolche vorzulegen und eine vorgängige Erklärung darüber von ihm zu fordern. Denn wenn auch aus der Vorſchrift des J. R. A. §. 37. 40. 45. 48. 70, oder eigentlich ſchon des R. A. von 1570 §. 89. 90, wornach der Beklagte alle ſeine Vertheidigungs-

31) Denn Schweigen iſt noch nicht Zugeſtehen — L. 142 D. de R. J. („Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare") — und eine gerichtliche confessio tacita gibt es nicht. Vgl. §. 4. not. 7. Eine geſetzliche Vorſchrift kann indeß das Schweigen zur confessio *ficta* machen — L. 11. §. 4. D. de interrog. in jure etc. (11. 1.). — Das canoniſche Recht — Reg. 43. de R. J. in VI. — ſtellt dagegen die Regel auf: qui tacet *consentire* videtur; doch wird man ſie nur da anwenden können, wo der Schweigende zum Widerſpruch gehalten war, wenn er nicht anerkennen wollte, wo alſo das Dulden dem Zugeſtehen gleich ſteht, z. B. L. 1. §. 3. D. de tribut. act. (11. 1). Vgl. Danz a. a. O. §. 294, und ſie läßt ſich auf das Geſtändniß um ſo weniger unbedingt anwenden, als Reg. 44. ibid. ſich dahin ausſpricht: „Is qui tacet, non fatetur: sed nec utique negare videtur."

mittel gleichzeitig vorbringen ſoll, folgt, daß die ganze Sache nun gleichzeitig zu verhandeln, ſo kann dies doch nicht entgegenſtehen, wo ein Geſetz dem Kläger ausdrücklich eine Abweichung geſtattet, und in der getrennten interrogatio liegt nicht einmal eine Abweichung davon, da nicht von der Verhandlung, ſondern nur von einer Aufforderung zur Erklärung und Abgabe derſelben die Rede iſt [32]). — Allein vor Anſtellung der Klage kann man eine Verbindlichkeit des Beklagten, über ſolche Punkte vor Gericht zu antworten, nicht behaupten. Denn die Worte des Calliſtratus: nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere; ſind, ſelbſt wenn man eine Interpolation der Stelle annimmt, doch für das heutige Recht entſcheidend [33]): denn ſie finden ſich in den gloſſirten und ſomit recipirten Manuſcripten. Auch gibt es nach heutigem gemeinen Verfahren kein Mittel, jemanden zum Erſcheinen vor Gericht zu nöthigen, wenn man nicht eine Klage gegen ihn überreicht und inſinuiren läßt [34]); und es dürfte die Zuläſſigkeit einer imploratio officii judicis zur Erlangung einer Erklärung über die legitimatio ad causam passiva für eine künftige Klage [35]) wiederum nach L. 1. §. 1. D. cit. erheblichem Zweifel unterliegen, da man hiernach eine ſolche imploratio, welche dann eine beſondere Klage, oder Rechtsverfolgungsmittel, auf jene Erklärung ſeyn würde, als unſtatthaft betrachten muß; um ſo mehr, da abgeſonderte Verhandlung eines Präjudicialpunktes als ſolchen, ohne Rückſicht auf eine bereits

---

32) Eine andere Frage iſt die: ob der Beklagte die ſ. g. exceptio deficientis legitim. ad causam passivae als exceptio litis ingressum impediens benutzen könne? welche richtiger verneint wird.

33) Vergl. auch Stryk U. M. P. L. XI. T. I. §. 9 in fine.

34) J. R. A. §. 34.

35) Einer ſolchen erwähnt Stryk l. c. §. 14. Die Gründe, welche er dafür §. 29 und 30 ibid. anführt, dürften wegen des §. 34 cit. des J. R. A. nicht durchgreifen.

angeſtellte Klage, ſich im heutigen Verfahren nicht rechtfertigen läßt.

Erſcheint nun die interrogatio in jure im heutigen Verfahren der Theorie nach in den geſetzlich beſtimmten Fällen (§. 4. not. 39—46) und in der angegebenen Art noch anwendbar, und zeigen dieſe Fälle, ſo wie ſonſtige Grundſätze über die interrogatio (§. 3. not. 7. §. 4. not. 57 a und b. §. 6. not. 18.), daß ſie beſtimmt war, die legitimatio ad causam passiva feſtzuſtellen, ſo wird es kein Bedenken haben, ſie in allen Fällen derſelben für zuläſſig zu erklären; um ſo weniger, da die ausdrücklich in den Geſetzen genannten Fälle diejenigen erſchöpfen werden, in welchen gemeinrechtlich eine ſolche Legitimation in Rede ſteht. — Es frägt ſich aber, ob ſie auch in andern Fällen zuläſſig ſey? Dafür ließe ſich nun das: „de aetate quoque interdum interrogatus respondere debebit“ [36]); ſo wie das: „Ubicunque judicem aequitas moverit: aeque oportere fieri interrogationem, dubium non est“ [37]) anführen. Allein eine interrogatio *vor* der Einlaſſung läßt ſich wegen anderer Punkte, als der legitimatio ad causam passiva nicht rechtfertigen. Denn nur in Anſehung dieſes Punktes läßt es ſich aus den *Geſetzen* nachweiſen, daß er von der Verhandlung der Hauptſache durch die interrogatio getrennt werden konnte; wo dies im römiſchen Verfahren bloß nach richterlichem Ermeſſen ſtattfand, muß es jetzt nach der Eventualmaxime als unzuläſſig erſcheinen. Nur im Falle nicht gehöriger Einlaſſung könnte demnach hier eine interrogatio ſtattfinden, und im Falle des *Geſtehens* oder *Läugnens* laſſen ſich hier keine Folgen denken, welche nicht auch ſonſt damit verbunden wären [38]). — Die *contu-*

36) L. 11. pr. D. de interrogat. (11. 1.). Vgl. §. 4. not. 46.

37) L. 21. D. eod. Vgl. §. 4. not. 47.

38) Glück, a. a. O. XI. S. 244 führt für die interrog. de aetate ein Beiſpiel an, in welchem eine beſondere Folge des fälſchlichen Geſtehens eintritt, nämlich wenn ein minor ſich dolose für einen major ausgibt, wo er das benef. rest. in integr. ob *minorem*

macia würde aber auch in Fällen, welche nicht zu jener legitimatio gehören, die besondere Wirkung haben können, den Kläger vom Beweise des Gegenstandes der interrogatio zu befreien. Es ließe sich daraus die Folgerung ziehen, daß, wenn der Richter es der aequitas gemäß hält, dem Beklagten in solchen Fällen eine interrogatio vorzulegen, die contumacia hier den Nachtheil des Eingeständnisses habe. Im römischen Rechte, wo die Regel, daß im Falle der contumacia in Beantwortung der Klage eine negative Antwort anzunehmen sey, keineswegs ausdrücklich und bestimmt [39]) aufgestellt ist, und auch nur in Beziehung auf den gar nicht Erschienenen, nicht auf den zwar Erschienenen aber nicht Antwortenden, angenommen werden kann, wird eine solche Befugniß des Richters nicht auffallen. — Es kommt nur darauf an, inwiefern die Bestimmungen der Reichsgesetze entgegenstehen. Ihre Vorschriften gehen nun dahin, daß, wenn der Beklagte gar nicht erscheint, generelle negative Litiscontestation, d. h. Litiscontestation im Sinne der älteren

---

aetatem verliert (L. 3. C. Si minor se majorem etc. 2. 43). Allein wenn man bedenkt, daß hier von einer prozessualischen Handlung die Rede ist, welche einen minor ohne Curator nicht verbinden kann, und daß man, wenn er einen Curator hat, nicht mehr zu fragen braucht, ob er minor oder major sey und eben so wenig das letztere füglich bejahet werden kann, so dürfte dieses Beispiel nicht passend seyn. Abgesehen hiervon müßte denn auch der Verlust des benef. restit. dann eintreten, wenn nicht interrogirt worden wäre. — In dem zweiten dort angeführten Beispiele, wenn ein ususfructus bis zu einem gewissen Alter verliehen ist, können (abgesehen natürlich von einer actio interrog.) keine besonderen Folgen des Gestehens oder Läugnens durch eine interrogatio herbeigeführt werden.

39) Es läßt sich nur daraus folgern, daß auch zu Gunsten des contumax entschieden werden kann — L. 73 pr. D. de judic. (5. 1.) — und nur dann gegen ihn si obnoxius fuerit inventus — L. 13. §. 3. C. de judiciis (3. 1.). Bestimmter spricht sich auch das canonische Recht nicht aus in c. 3 X de testibus (2. 20) wo ein Zeugenbeweis gegen den Abwesenden geführt wird.

Reichsgeſetze, angenommen werden [40]), wenn der Beklagte aber erſcheint, jedoch ungehorſam zu handeln unterläßt, „alsdann auf ſolch Ungehorſam zuſamt den Pönen des gemeinen Rechten, die Wider-Parthey zu fernerer Handlung und in der Sachen zu procediren zugelaſſen“ . . . [41]) werden ſoll. Gegen einen gar nicht erſcheinenden Beklagten iſt nun dem Richter allerdings die Befugniß entzogen, eine confessio anzunehmen; aber ein ſolcher kann auch überall nicht interrogirt werden. Damit iſt aber keineswegs auch die Befugniß aufgehoben, dem erſchienenen Beklagten Fragen vorzulegen und auf die contumacia in der Beantwortung derſelben ihn pro confesso zu achten, wozu das römiſche Recht ihm die Befugniß gibt ubicunque eum aequitas moverit. Denn die Reichsgeſetze haben für dieſen Fall die „Pön des gemeinen Rechten“ ausdrücklich beſtätigt [42]). Eine ausdrückliche Androhung von Seiten des Richters, und Ablauf eines peremtoriſchen Termins, muß man aber zum Eintritt derſelben nothwendig halten, worauf noch unten Nro. IV. a. E. zurückzukommen ſeyn wird.

IV. Das canoniſche Recht [43]) und die Reichsgeſetze [44]) haben aber ein noch umfaſſenderes Mittel, als das römiſche

40) R. K. G. O. von 1555 III. Tit. 43. §. 4. L. R. K. G. O. III. Tit. 52. §. 8. J. R. A. §. 86.

41) R. K. G. O. von 1555 III. Tit. 41. §. 1. L. R. K. G. O. III. Tit. 50. §. 1. Eine ſolche Verſchiedenheit zwiſchen dem gar nicht Erſcheinenden und demjenigen, welcher zwar erſcheint, aber nicht antwortet, findet ſich bereits im canon. Rechte c. 2 X de confessis in VI (2. 9.).

42) Im Falle nicht gehörig erfolgter Einlaſſung (und nur dann iſt Gelegenheit zu einer ſolchen interrogatio vorhanden) gibt dem Richter dieſelbe Befugniß, Stryk l. c. L. XI. T. 1. §. 38. — Daß aber dieſe Befugniß außer allem Zweifel ſey, ſoll hier nicht behauptet werden.

43) c. un. X. de litis cont. (2. 2.) c. 1. 2. de confessis in VI. (2. 9.). Clem. 2. de V. S.

44) J. R. A. §. 41 und 49.

Recht, zur Herbeiführung jener Wirkung der contumacia an die Hand gegeben in dem Inſtitute der Poſitionen [45]). Die Poſitionen, welche bereits im canoniſchen Rechte als durch den Gerichtsgebrauch eingeführt anerkannt ſind, können bekanntlich auf alle zur Sache gehörigen Behauptungen einer Parthei mit der Wirkung gerichtet werden, daß, im Falle eine unumwundene Beantwortung nicht erfolgt, der Beklagte (Ponat) pro confesso geachtet wird [46]). Ja ſogar auf Thatſachen, welche dem Ponaten nicht durch eigene Sinnenwahrnehmung bekannt ſind, kann mit gleicher Wirkung eine Erklärung über ſein Glauben gefordert werden [47]). Hier wird es hauptſächlich darauf ankommen, zu unterſuchen, wodurch ſich, abgeſehen von bloßen Formen, die Poſitionen von den Interrogationen unterſcheiden. — Die Interrogationen bezwecken eine Vorbereitung der Klage, oder jetzt vielmehr die Feſtſtellung eines präjudicialen Punktes, und finden vor der Litisconteſtation Statt; die Poſitionen dagegen betreffen alle Punkte der ganzen Sache, und werden erſt nach der Litisconteſtation geſtellt [48]). In Anſehung derjenigen Interro-

---

45) Es iſt nicht unwahrſcheinlich, daß man die Poſitionen Anfangs als ein Surrogat der interrogationes betrachtete und nach der Anſicht von Claproth, a. a. O. §. 221, waren dieſe die Veranlaſſung zu jenen. Wenn man bedenkt, daß das canoniſche Recht dem römiſchen zu folgen pflegte, ſo wird man anzunehmen geneigt, daß c. 1. de confessis in VI. etc. nicht ohne Rückſicht auf L. 21. D. de interrog. cit. entſtanden ſey. Als die ganze Verhandlung in Poſitionen und Beantwortungen derſelben beſtand (das articulirte Verfahren), war außer einem Geſtändniſſe, welches die ganze Sache umfaßte, nur ein Geſtändniß auf Poſitionen denkbar und die Interrogationen mußten hier jedenfalls in die Form der Poſitionen übergehen.

46) J. R. A. §. 49.

47) J. R. A. §. 49. „So viel aber fremde Geſchichte belangt, durch das Wort, glaube wahr, oder nicht wahr ſeyn" . . .

48) J. R. A. §. 41. Nicht bloß wenn es an einer gehörigen Einlaſſung mangelt (wie Linde a. a. O. §. 221 annimmt), ſondern auch wenn dieſe erfolgt iſt, zum Zwecke der Vermeidung der Be-

gationen, welche nicht die legitimatio ad causam passiva betreffen und nur nach richterlichem Ermeſſen geſtellt werden (deren Zuläſſigkeit vorausgeſetzt), findet dieſer Unterſchied aber nicht Statt. — Die Antwort auf die Interrogationen beweiſet nicht gegen den Interrogirenden, weil er nur fragt und noch nichts behauptet (vgl. auch §. 2. not. 11 fgg.); die Antwort auf die Poſitionen dahingegen macht auch gegen den Ponenten Beweis, weil er hier ſchon etwas als wahr behauptet hat [49]). Jedoch wird auch dieſe Verſchiedenheit nur bei den Interrogationen über die legitimatio ad causam passiva eintreten, weil in den übrigen Fällen es ſich nicht wohl denken läßt, daß der Kläger bloß fragend erſcheint. — Die Folge, daß der, welcher auf eine interrogatio über eine legitimatio der genannten Art eine unwahre Antwort ertheilt, bisweilen für mehr verhaftet wird, als aus ſeinem wirklichen Rechtsverhältniſſe folgt und von ihm eingeräumt iſt, dürfte der Theorie nach auch dann eintreten müſſen, wenn über einen ſolchen Punkt eine Poſition geſtellt iſt, da die Vorſchriften über die Poſitionen dem keineswegs entgegenſtehen. — Poſitionen ſetzen aber nothwendig einen Antrag der Parthei voraus [50]); dies läßt ſich von den Interrogationen nicht behaupten, eine Verſchiedenheit, welche noch einer Beleuchtung bedarf.

Die Quellen des römiſchen Rechts, welche von der interrogatio in jure reden, geben keine beſtimmte Auskunft darüber, ob der Prätor ungebeten eine ſolche vorlegen konnte. Aus den Worten: „interrogatum non solum a praetore accipere debemus, sed et ab adversario“ [51]), läßt ſich indeß darauf ſchließen. Denn konnte auch der Gegner ſelber inter-

---

weisführung über das Geleugnete, ſind die Poſitionen zuläſſig. Vgl. Claproth a. a. O. §. 221.

49) Vgl. Glück a. a. O. XI. S. 295. Strykl. c. §. 39. 69. Danz a. a. O. §. 501.

50) J. R. A. §. 41 „den Partheien ſo es begehren werden“.

51) L. 9. §. 1. D. de interrog. etc. (11. 1.)

rogiren, ſo läßt es ſich nicht wohl denken, daß er den Prätor zur interrogatio aufforderte. Wenn alſo der Prätor interrogirte, ſo geſchah dies wahrſcheinlich ohne beſondern Antrag der Parthei. Es ſcheint auch ganz der Stellung des Prätors bei den Verhandlungen in jure angemeſſen zu ſeyn, daß er über dasjenige, was zur Vorbereitung des judicii und zur Aufſtellung der Formel nöthig war, aus eigenem Antriebe die Partheien befragte. Das Fragrecht des ſpätern Richters im römiſchen Verfahren redet weder dafür noch dagegen, da es eigentlich nur dahin geht, den Partheien durch Fragen Gelegenheit zu geben, ihre Anträge und Einwendungen vorzubringen: „utramque partem saepius interrogare, numquid novi addere desideret“ [52]). Beſtimmter findet ſich aber eine Befugniß des Richters, eine Erklärung über die Wahrheit einer Thatſache von Amtswegen zu fordern, im canoniſchen Rechte („... possit interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrit“... [53]) und in den Reichsgeſetzen („... wie denn auch dem Richter das Arbitrium, auff ein oder den andern, oder auff allen Punkten, die Antworten in jedem Theil des Gerichts zu erfordern, frey und unbenommen bleibet“ [54]). — Sonach iſt man anzunehmen berechtigt, daß die Interrogationen auch vom Richter von Amtswegen, jedoch, außer den Fällen der legitimatio ad causam passiva, nur nach der Litisconteſtation und da wo es nach richterlichem arbitrium die aequitas erheiſcht, geſtellt werden können; ſo wie daß auch im letztern Falle der Richter befugt ſey, die Beantwortung sub poena confessi zu fordern (vgl. oben noch not. 38); daß jedoch hier eine ausdrückliche interrogatio abſeiten des Richters, und zwar unter ausdrücklicher Androhung der poena confessi,

52) Constantinus. L. 9. C. de judiciis (3. 1.).
53) c. 10 X de fide instrum. (2. 22).
54) J. R. A. §. 41.

ſtattfinden müſſe [55]). Denn wenn auch in Hinſicht des Geſtehens, und in Hinſicht der geſetzlich feſtgeſtellten Nachtheile der Unwahrheit, und der contumacia, es gleichgültig iſt, ob eine interrogatio und eine richterliche Androhung der Nachtheile vorhergegangen [56]); ſo iſt dieſes doch nicht auch dann anzunehmen, wenn der Eintritt der letzteren für den in Rede ſtehenden Fall noch nicht beſtimmt in den Geſetzen ausgeſprochen iſt, ſondern nur die richterliche Befugniß ihn herbeizuführen. Wenn nun auch die Interrogationen durch das Poſitionalverfahren gänzlich überflüſſig gemacht werden können, ſo hängt dies doch lediglich von der Willkühr der betreffenden Parthei ab. Die Grundſätze über die Interrogationen bleiben daher auch noch neben den Poſitionen anwendbar. Sind Poſitionen auf einen Punkt der legitimatio ad causam passiva gerichtet, ſo gelten jene Grundſätze neben denen über das Poſitionalverfahren: denn in dieſem Verfahren liegt nichts was ihnen widerſtreitet. Die Folgen des Geſtehens und der contumacia ſind bei beiden Inſtituten gleich; nur die Folgen, welche fälſchliches Leugnen bei den Interrogationen hat, ſind bei den Poſitionen nicht ausgeſprochen, allein ſie wurden von jenen mit um ſo größerem Rechte herübergenommen, da ja auch bei dieſen der Gegner

---

55) Dies fordert man auch bei den Poſitionen auf den Grund der Worte: „respondere sic jussus fuerit“ in c. 2. de confessis in VI. (2. 9.) Stryk l. c. Lib. XI. T. 1. §. 77. Man muß ſich aber hier dagegen verwahren, das richterliche Fragrecht mit der interrogatio in jure theoretiſch verwechſelt zu haben. Allein die Befugniß, welche nach L. 21. D de interrog: dem Richter zuſteht, letztere zu ſtellen, wobei ja der contumacia die poena confessi folgt, ſoll für ſeine Befugniß bei Ausübung ſeines Fragrechts dieſe poena anzudrohen, reden; wo denn freilich praktiſch dieſes Fragrecht mit einer interrogatio in jure zuſammenfließt.

56) In Anſehung des Geſtändniſſes iſt dies ausdrücklich ausgeſprochen in L 9. pr. D. de interrog. (11. 1.) und es wird dies dadurch beſtätigt, daß die Geſetze, welche von der oblatio ad litem reden (vgl. §. 2. Note 12.), ebenfalls keine interrogatio verlangen.

interrogirt (vergl. Note 51). Sind Poſitionen auf andere Punkte gerichtet, ſo müſſen ſie die interrogatio ex arbitrio judicis überflüſſig machen und ausſchließen; wenn aber keine Poſitionen geſtellt ſind und keine gehörige Einlaſſung vorhanden iſt, ſo tritt das richterliche Interrogationsrecht, mit der Befugniß die poena confessi für den Ungehorſamsfall anzudrohen, ein.

V. Was nun endlich den Widerruf des Geſtändniſſes, den Einfluß des Irrthums auf daſſelbe, und die Wirkſamkeit eines bloßen Beweiſes der Unwahrheit betrifft, ſo iſt kein Grund vorhanden, welcher gegen die Anwendbarkeit des in den §§. 5 und 6. Ausgeführten im heutigen Prozeſſe reden könnte. Jedoch wird es nicht überflüſſig ſeyn, die Momente des heutigen Prozeſſes, welche den Widerruf des Geſtändniſſes, oder was dem gleich gilt, die einſeitige willkührliche Abänderung eines Vortrags, welcher die Behauptung oder Verneinung einer (natürlichen oder juriſtiſchen) Thatſache enthält, ausſchließen müſſen, hier näher zu beſtimmen. Die Momente, welche im neuern Römiſchen Verfahren dieſe Wirkung hatten, waren eine Sentenz über die vorgetragenen Punkte, oder ein ſolches Geſtändniß, welches, wie eine Sentenz, einen beſonderen Punkt der Sache oder die ganze Sache erledigte (welches alſo ſofort durch ſeine eigne Wirkung unwiderruflich war), und vielleicht auch die Beantwortung der Klage in Beziehung auf dieſe (Vergl §. 5. Note 7. 7a 7b 12a). Im heutigen Prozeſſe kommt als Moment dieſer Art der Ablauf eines peremtoriſchen Termins für den in Rede ſtehenden Vortrag hinzu; ſo wie man dasjenige, was von der beantworteten Klage in Anſehung ihrer Unabänderlichkeit wenigſtens für den heutigen Prozeß anzunehmen iſt, auch in Anſehung eigentlicher Einrede u. ſ. w. annehmen muß. In Hinſicht dieſer Momente ſind nun die Arten von Vorträgen zu unterſcheiden, welche in den Partheivorträgen enthalten ſeyn können, um diejenigen zu beſtimmen, auf welche dieſe Momente influiren; wobei es ſich denn von ſelber verſteht,

daß, wenn ein Vortrag, welcher formell nur als ein einziger erſcheint, mehrere ſolcher Arten enthält (z. B. Einlaſſung auf die Klage und eigentliche Einreden), jede Art nach ihren eigenen Grundſätzen zu beurtheilen iſt. — Auf bloße Rechts-Deductionen haben nun dieſe Momente keinen Einfluß: denn hinſichtlich ihrer iſt eine eigentliche Unabänderlichkeit nicht denkbar, ſo lange noch Gelegenheit zu ſolchen Erörterungen vorhanden iſt. Eben ſo wenig haben ſie directen Einfluß auf die Abänderung bloßer Anträge oder petita: denn dieſe hängen immer von den Thatſachen ab, worauf ſie begründet ſind; und eine Verbeſſerung eines Antrags, welcher ſeiner factiſchen Grundlage nicht entſpricht, intereſſirt uns hier nicht, weil ein ſolcher Antrag an ſich kein Geſtändniß enthalten kann. — Der übrige Inhalt der Vorträge kann nur entweder eine neue Behauptung von (natürlichen oder juriſtiſchen) Thatſachen, oder eine Erklärung über die Wahrheit oder Unwahrheit einer ſolchen Behauptung des Gegners ſeyn. In Anſehung dieſes Inhalts iſt nun folgendermaßen zu unterſcheiden.

1) Der Vortrag enthält eine Klage, eigentliche Einrede, oder was dieſen gleichſteht; alſo ganz allgemein ausgedrückt, ein Angriffsmittel, wenn es auch nur zur (angriffsweiſen) Vertheidigung dient. Hier iſt entweder:

a) noch kein peremtoriſcher Termin für die Handlung abgelaufen, welcher bei der Klage überall nicht vorkommt. Dann iſt Aenderung erlaubt, ſo lange der Gegner dieſen Vortrag noch nicht beantwortet hat. Hinſichtlich der Klage iſt es anerkannt, daß nach erfolgter Einlaſſung eine Aenderung nicht mehr geſtattet ſey [57]). Eine Ausdehnung dieſer Regel auf eigentliche Einreden, und was ihnen gleich ſteht, erſcheint unbedenklich; weil hier derſelbe Grund vorhanden

57) Claproth a. a. O. §. 133. Danz a. a. O. §. 503. Grolmann, Theorie §. 168. Bayer, Vortr. S. 225. 226 (Auch deſſen Abhandl. über die Aenderung des Klaglibells §. 22.). Linde a. a. O. §. 197. No. 2. Litt. b. Heffter, a. a. O. S. 331.

iſt, nämlich der, daß, im Falle der Aenderung, eine neue Einlaſſung erforderlich werden würde. Wollte man dieſe Ausdehnung verwerfen, ſo würde der Richter nie eine Exceptionsſchrift u. ſ. w. zur Beantwortung communiciren, oder überhaupt weiter verfahren dürfen, ſo lange der peremtoriſche Termin für den mitzutheilenden Vortrag noch nicht verſtrichen wäre, weil eine Aenderung deſſelben alle nachfolgenden Handlungen vernichten könnte [58]). Daß der Richter aber den Ablauf eines ſolchen Termins abwarten müſſe, wenn die Handlung früher geſchehen, iſt weder der Praxis noch geſetzlichen Vorſchriften gemäß. — Oder es iſt:

b) ein peremtoriſcher Termin verſtrichen. Dann erſcheint jede willkührliche einſeitige Abänderung unzuläſſig. Denn alle Einreden u. ſ. w., welche die Parthei in dieſem Prozeſſe benutzen will, ſind vor Ablauf jenes Termins bei Folge der Präcluſion vorzubringen. Jede Aenderung der den bereits vorgeſchützten Angriffsmitteln zum Grunde liegenden (natürlichen oder juriſtiſchen) Thatſachen würde aber ein Andieſtelleſetzen einer neuen Einrede u. ſ. w. involviren, und kann daher nicht geſtattet werden.

Eine davon verſchiedene Frage iſt die: ob eine Klage oder Einrede u. ſ. w. für den in Rede ſtehenden Prozeß gänzlich aufgegeben werden können, ohne daß eine andere an deren Stelle geſetzt werde. Dies iſt während des ganzen Prozeſſes geſtattet. Die Zuläſſigkeit der Geltendmachung in einem andern Prozeſſe hängt von Grundſätzen ab, welche nicht hierher gehören.

2) Der Vortrag enthält eine Erklärung über die Wahrheit der dem Angriffsmittel des Gegners zum Grunde lie-

58) Der Einwurf, daß die Parthei durch das frühere Handeln auf den übrigen Theil der Friſt verzichtet habe, dürfte eine zu willkührliche Folgerung enthalten. Denn dann dürfte der Richter auch nicht die Verbeſſerung einer Handlung nachlaſſen, welches ſich, ſtreng genommen, nur rechtfertigen läßt, ſo lange noch willkührliche Aenderung der Parthei erlaubt iſt.

genden (natürlichen oder juriſtiſchen) Thatſachen. Dann iſt er entweder:

a) eine eigentliche Einlaſſung auf die Klage, Einrede u. ſ. w. Dann findet nach verſtrichenem peremtoriſchen Termine keine einſeitige Aenderung mehr Statt, weil ſolche einen neuen Vortrag enthalten würde, der nunmehr präcludirt iſt [59]). Die Antwort des Gegners hierauf kann aber die Aenderung nicht ausſchließen, weil eine Antwort auf eine ſolche Einlaſſung eigentlich gar nicht nothwendig iſt, es alſo auch keiner veränderten Antwort bedarf, wenn jene Einlaſſung geändert wird. Oder:

b) er iſt keine eigentliche Einlaſſung. In dieſem Falle kann er nur Aenderung einer frühern Einlaſſung ſeyn, weil ja eine ſolche hier vorhergegangen ſeyn, und dieſe ſchon eine Erklärung (wenn auch nur eine ſ. g. fingirte) über das jetzt wieder zur Sprache Gebrachte enthalten muß. Eine ſolche kann nur zuläſſig ſeyn, wenn der Gegner zuſtimmt, was auch dann der Fall iſt, wenn die neue Erklärung mit ſeinen Behauptungen übereinſtimmt, z. B. was der Kläger in der Klage behauptet und der Beklagte in der Exceptionsſchrift geleugnet hat, wird in der Duplik bejaht [60]). Eine peremtoriſche Friſt kann für dieſen Vortrag nicht ſtattfinden, und daher kann ein Widerruf derſelben nur durch eine Sentenz ausgeſchloſſen werden, welcher der Actenſchluß hier gleichzuſtellen iſt. Daſſelbe gilt von einem Geſtändniſſe, welches die Wirkung einer Sentenz hat.

3) Das Geſtändniß in Poſitionen muß nach denſelben Grundſätzen beurtheilt werden. Von Seiten des Ponenten beſtehen ſie immer in einem Auszuge aus einem von ihm ge-

---

59) Jede Abänderung eines früheren Vortrags, alſo auch ein Widerruf, iſt ein neuer Vortrag, aber ſie enthält kein neues Factum. Inwieferne ſie zuläſſig ſeyn kann, darüber ſ. sub. b.

60) Wäre die willkührliche Aenderung der Einlaſſung noch durch keinen Termin beſchränkt, würde ein ſolcher Vortrag noch als ein Theil jener Einlaſſung zu betrachten ſeyn.

haltenen Vortrage der sub Nr. 1. genannten Art [61]), sind also in derselben Maße unwiderruflich in dieser. Von Seiten des Ponaten muß der Widerruf abgeschlossen seyn, sobald der ihm zur Beantwortung bestimmte peremtorische Termin verstrichen, oder, wenn die Beantwortung vor Ablauf derselben geschah und auch vorher schon, unter Zugrundelegung der Antwort, in der Sache fortgeschritten würde, sobald letzteres eingetreten ist [62]). Denn seine Beantwortung ist ein Vortrag der sub 2. genannten Art, nur mit etwas veränderter Stellung zu den übrigen Prozeßhandlungen, wodurch der zuletzt genannte Beschränkungsgrund herbeigeführt wird.

4) Wenn im heutigen Verfahren nach angestellter Klage und vor erfolgter Einlassung eine bejahende Erklärung des Beklagten über die legitimatio ad causam passiva erfolgt, so wird man diese sofort als unwiderruflich annehmen müssen. Denn da der Kläger hier nicht blos fragend, sondern schon durch Anstellung der Klage bestimmt behauptend aufgetreten ist, so vollendet die bejahende Erklärung des Beklagten schon die confessio, ohne daß es noch einer besondern Zustimmung des Klägers durch Fortsetzung der Klage bedarf (Vgl. §. 4. noch Note 50 und oben Note 20). Der Punkt ist eben so, als ob er durch Urtheil entschieden wäre, als abgemacht zu betrachten.

Wenn aber Ablauf der peremtorischen Frist, Beantwor-

---

61) J. R. A. §. 41. .. „allein auf die aus dem Klag-Libello gezogenen Probatorial" Articul. ...

62) Andere Ansichten, welche zum Theil mit der Ansicht von der Nothwendigkeit einer Acceptation des Geständnisses zusammenhängen, bei Stryk l. c. §. 69 — 71. 73. Im Wesentlichen geht Stryks Meinung dahin, daß Widerruf nur in continenti, worunter man gewöhnlich ein triduum verstehe, vor der Acceptation und so lange das juram. dandor. et respondend. noch nicht abgeleistet sey, geschehen könne. — Dieser Calumnieneid scheint aber dem Widerrufe nicht entgegenzustehen. Denn die Verpflichtung, die Wahrheit zu sagen, steht einer Erklärung, die Unwahrheit gesagt zu haben und einer Berichtigung derselben an sich nicht entgegen.

tung durch den Gegner, Sentenz oder dem gleichſtehendes Geſtändniß den Widerruf ausſchließen, kann, wie bereits ausgeführt worden, noch auf dem Wege der Reſtitution Wiederaufhebung ſtattfinden, welche aber auf den Grund eines Irrthums nach der Definitiv-Sentenz, und einem dieſer gleichſtehenden Geſtändniſſe, nicht mehr zuläſſig iſt.

Die Erörterung dieſes §. wird nun die weſentlichſten Punkte dieſer Materie, bei denen eine Frage über ihre Anwendbarkeit im heutigen Prozeſſe entſtehen möchte, berührt haben und ſomit geſchloſſen werden können. Nur ein Einwurf, den man gegen dieſelbe geltend machen könnte, ſcheint hier noch der Betrachtung zu bedürfen; nämlich der, daß durch die Richtung, welche Theorie und Praxis genommen, das Römiſche und Canoniſche Recht in dieſer Materie abrogirt ſey [63]). Allein abgeſehen davon, daß gegen die rechtliche Möglichkeit einer Abrogation geſetzlicher Beſtimmungen durch Theorie und Praxis ſich noch Einwendungen erheben laſſen würden, wenn die Gültigkeit des Römiſchen und Canoniſchen Rechts, der Uſualinterpretation nach wenigſtens ausdrückliche geſetzliche Anerkennung für ſich hat; ſo würde jedenfalls nur der Praxis, nicht auch der ſie freilich häufig herbeiführenden Theorie, eine ſolche Abrogation zugeſchrieben werden können. Hier würde es denn darauf ankommen eine übereinſtimmende gemeinrechtliche Praxis darzuthun, was aber unmöglich ſeyn wird. Und wollte man auch die Theorie als in die Praxis übergegangen betrachten, ſo würde auch hier die Verſchiedenheit derſelben die Aufſtellung gemeingültiger Grundſätze hindern. Nur von dem Grundprincipe dieſer Lehre läßt es ſich, wie im Anfange dieſes §. geſchehen, aus inneren Gründen behaupten, daß es gemeingültig ſey, ungeachtet die formelle Anerkennung ihm mangelt. Es bleibt uns ſonach für das gemeine Recht kein anderer Weg übrig,

63) So Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 301. Dagegen erklärt ſich aber Martin a. a. O. §. 128. Note k.

als die Beſtimmungen des Römiſchen und Canoniſchen Rechts, nach den Verhältniſſen für welche ſie gegeben ſind, aufzufaſſen, aus ihnen die Grundſätze zu ermitteln, aus welchen ſie floſſen, dieſe auf unſere jetzigen Verhältniſſe zu übertragen, und darzuſtellen, wie ſie ſich hier geſtalten. Nur wenn auf dieſe Weiſe die Reſultate hiſtoriſcher Forſchungen benutzt werden, erlangen ſie denjenigen Werth, um deſſentwillen ſie für die Rechtswiſſenſchaft allein wünſchenswerth erſcheinen; aber auch nur allein auf ihrer Grundlage laſſen ſich bei dem Zuſtande der Quellen des gemeinen Rechts die heutigen Normen deſſelben aufſtellen. Der Verfaſſer beſcheidet ſich gern, der befriedigenden Löſung einer ſolchen Aufgabe nicht gewachſen zu ſeyn und ſeinen Verſuch nicht als eine ſolche betrachten zu dürfen; allein dies kann ihm kein Bedenken erregen, den angedeuteten Weg, als den einzig richtigen anzuerkennen.

XIII.

Erwirbt eine Universitas den durch einen Bevollmächtigten für ſie ergriffenen Beſitz auch ohne ihren Willen, oder nicht?

Von

Herrn Hofrath Dr. L. A. Warnkönig in Freiburg.

Ueber den Beſitzerwerb juriſtiſcher Perſonen finden wir in v. Savigny's Werke über das Recht des Beſitzes folgende Aeußerungen: §. 21.

„Zu den Perſonen, die keinen (?) Beſitz erwerben können, weil ſie überhaupt nicht wollen können (?), gehören zunächſt juriſtiſche Perſonen, d. h. ſolche, die blos durch eine juriſtiſche Fiction als Subjecte von Rechten betrachtet werden. So kann z. B. eine Erbſchaft (hereditas jacens) alle